

DIE STELLVERTRETUNG
IM VERWALTUNGSRECHT

von

WILHELM L. WESTENBERGER

1964

DIE STELLVERTRETUNG
IM VERWALTUNGSRECHT

Dissertation,

vorgelegt der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
der Johannes Gutenberg-Universität in Mainz

von

[*Amberg*]

WILHELM L. WESTENBERGER

Finanzassessor

MAINZ 1962

Berichterstatter: Professor Dr. H. Armbruster

Mitberichterstatter: Professor Dr. P. Schneider

Tag der mündlichen Prüfung: 25. Juli 1961



GESAMTHERSTELLUNG:

DITTERS BÜRODIENST, MAINZ, Augustinerstraße 64-66

GLIEDERUNG

DIE STELLVERTRETUNG IM VERWALTUNGSRECHT

Seite

EINLEITUNG:

Die allgemeinen Grundlagen der Lehre von der Stellvertretung, - die Notwendigkeit des Instituts der Stellvertretung, - die Verwendung zivilrechtlicher Vorschriften im Verwaltungsrecht, - Analogie oder allgemeiner Rechtsgedanke?	1
--	---

ERSTER TEIL:

Die Lehre von der Stellvertretung im bürgerlichen Recht	9
1. Kapitel: Theorien über die Stellvertretung, - die verschie- denen Arten der Stellvertretung	9
1. Abschnitt: Theorien zur Stellvertretung, - Vollmacht und zugrunde liegendes Rechtsgeschäft	9
2. Abschnitt: Mittelbare Stellvertretung und In-sich-Ge- schäft	13
3. Abschnitt: Mittelbare Stellvertretung und Treuhand- schaft	14
4. Abschnitt: Geschäft für den, den es angeht	14
2. Kapitel: Voraussetzungen für die Vertretungsmacht	15
1. Abschnitt: Gesetzliche Vertretungsmacht	15
2. Abschnitt: Rechtsgeschäftliche Vertretungsmacht	17
3. Abschnitt: Form der Erteilung der Vollmacht	18
4. Abschnitt: Rechtsscheins- oder Anscheinsvollmacht	18
5. Abschnitt: Duldungsvollmacht	20
3. Kapitel: Abgrenzung der Stellvertretung von anderen Institu- ten des bürgerlichen Rechts	20
1. Abschnitt: Der Bote	20
2. Abschnitt: Die Ermächtigung	22
3. Abschnitt: Die gewillkürte Prozeßstandschaft	22
4. Abschnitt: Der Vertrag zugunsten Dritter	23
5. Abschnitt: Der allgemeine Interessenvertreter	23

4. Kapitel: Wann ist die Stellvertretung ausgeschlossen?	24
1. Abschnitt: Pflicht zu persönlicher Anwesenheit	25
2. Abschnitt: Wahrnehmung höchstpersönlicher Interessen	25
3. Abschnitt: Delikte	25
4. Abschnitt: Geschäftsähnliche Handlungen und Realakte	25
5. Kapitel: Die Problematik der Stellvertretung ohne Vertretungs- macht, - bei Verträgen und einseitigen Rechts- geschäften	27
6. Kapitel: Das Handeln unter fremdem Namen, insbesondere die Vollmachtserteilung unter fremdem Namen	28

ZWEITER TEIL:

Die Stellvertretung im Verwaltungsrecht	31
1. Kapitel: Der Begriff der Stellvertretung im Verwaltungsrecht, insbesondere der gesetzlichen Vertreter	31
2. Kapitel: Gesetzliche Vorschriften des Verwaltungsrechts, in denen die Stellvertretung erwähnt ist	37
3. Kapitel: Der Entwurf einer Verwaltungsrechtsordnung für Württemberg von 1931 und dessen Regelung der Stellvertretung	47
4. Kapitel: Die Zulässigkeit der gewillkürten Stellvertretung im Verwaltungsrecht	49
1. Abschnitt: Allgemeine Zulässigkeit	49
2. Abschnitt: Ausschluß bei besonderem Verbot oder bei Höchstpersönlichkeit des Rechts	51
3. Abschnitt: Bei öffentlich-rechtlichen Verträgen	52
4. Abschnitt: Bei Willenserklärungen, tatsächlichen Hand- lungen und Unterlassungen	54
5. Kapitel: Vorschriften des Verwaltungsrechts über persönliche Fähigkeiten des Stellvertreters	57
6. Kapitel: Die Anwendung der Vorschriften des BGB über die Stellvertretung im Verwaltungsrecht, analog oder dem Rechtsgedanken nach?	59
7. Kapitel: Die Anwendung dieser Rechtsgedanken auf die Stellvertretung im Verwaltungsrecht	63

1. Abschnitt: Der Begriff der Vertretungsmacht im Verwaltungsrecht	63
2. Abschnitt: Offenheitsprinzip, - Handeln im Namen eines anderen	65
3. Abschnitt: Gilt auch der Rechtsgedanke des § 164 Abs. 2 BGB im Verwaltungsrecht?	69
8. Kapitel: Der Umfang der Vollmacht im Verwaltungsrecht ..	70
1. Abschnitt: Die Vollmacht mit und ohne Beschränkung auf eine spezielle Handlung	70
2. Abschnitt: Die rechtsgeschäftlich erteilte, gesetzlich umschriebene Vollmacht	72
3. Abschnitt: Die gesetzliche Vertretungsmacht	75
4. Abschnitt: Die Verwalter und ihre Vertretungsmacht im Verwaltungsrecht	76
9. Kapitel: Die Erteilung und das Erlöschen der Vollmacht	77
1. Abschnitt: Die Erteilung der Vollmacht	77
2. Abschnitt: Die Form der Erteilung	78
3. Abschnitt: Das Erlöschen der Vollmacht, - bei Konkurs des Vollmachtgebers und des Bevollmächtig- ten, - der Widerruf	79
10. Kapitel: Geschäftsfähigkeit des Stellvertreters	81
11. Kapitel: Gelten auch im Verwaltungsrecht die Grundsätze über Rechtsscheins- und Duldungsvollmacht?	83
12. Kapitel: Die Stellvertretung ohne Vertretungsmacht im Verwaltungsrecht	85
1. Abschnitt: Bei Verwaltungsakten	85
2. Abschnitt: Bei mitwirkungsbedürftigen Verwaltungs- akten	90
3. Abschnitt: Bei öffentlich-rechtlichen Verträgen	91
4. Abschnitt: Kann auch der Rechtsgedanke des § 177 Abs. 2 BGB im Verwaltungsrecht angewendet werden?	
5. Abschnitt: Haftung des Vertreters ohne Vertretungs- macht	92
13. Kapitel: Selbstkontrahieren des Vertreters, - bei Verwaltungs- akten, - bei öffentlich-rechtlichen Verträgen ...	94

14. Kapitel: Mittelbare Stellvertretung	97
15. Kapitel: Handeln für den, den es angeht	101
16. Kapitel: Rechtspolitische Probleme der Stellvertretung im Verwaltungsrecht	103

LITERATURVERZEICHNIS

- Apelt, Willibald: Der verwaltungsrechtliche Vertrag; Leipzig 1920; Diss. jur.
- Bartholomeyczik, Horst: Die Kunst der Gesetzesauslegung; Frankfurt 1951.
- Baumbach, Adolf - Kommentar zur Zivilprozeßordnung; 25. Aufl. München 1958.
- Lauterbach, Wolfgang:
- Bergmann, Heinrich: Die Auswertung von Vorschriften des BGB im Rechtsbereich der Verwaltung; Leipzig 1946; Diss. jur.
- Bertzel, Karl: Der Notgeschäftsführer als Repräsentant des Geschäftsherrn; in: Archiv für die zivilistische Praxis; Band 158, Seite 107-150.
- Cohn, Ernst: Der Empfangsbote; Breslau 1927.
- Cohn, Ernst: Das rechtsgeschäftliche Handeln für denjenigen, den es angeht; Marburg 1931.
- Dernburg, Heinrich: Pandekten, Band 1, Allgemeiner Teil und Sachenrecht; 3. Aufl. Berlin 1892.
- Enneccerus, Ludwig - Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts; Band 2, Nipperdey, Hans Carl: 14. Aufl. Tübingen 1955.
- Erman, Walter: Handkommentar zum BGB; 2. Aufl. Münster 1958.
- Fischbach, Oskar Georg: Bundesbeamtengesetz vom 14. 7. 1953; 2. Aufl. Köln 1956.
- Fleiner, Fritz: Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts; 8. Aufl. Tübingen 1928.
- Fleiner, Fritz: Über die Umbildung zivilrechtlicher Institute durch das öffentliche Recht; Akademische Antrittsrede; Tübingen 1906.
- Forsthoff, Ernst: Lehrbuch des Verwaltungsrechts; Allgemeiner Teil; 8. Aufl. München 1961.
- Geßler, Ernst - Handelsgesetzbuch; Kommentar; Band 1, 3. Aufl. Hefermehl, Wolfgang: Berlin 1955.
- Giacometti, Zaccaria: Allgemeine Lehren des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts, Band 1, Zürich 1960.
- Groscurth, Hans Adolf: Die Verwirkung im öffentlichen Recht; Göttingen 1937; Diss. jur.
- Guillaume: Persönliche Beteiligung des Amtsvorstehers; in: Preußisches Verwaltungsblatt, Band 48, Seite 181 ff.
- Heck, Philipp: Grundriß des Sachenrechts; Tübingen 1930.

- Hegelmaier: Vorwort zum Entwurf einer Verwaltungsrechtsordnung für Württemberg, Stuttgart 1931.
- Hofacker, Wilhelm: Die Staatsverwaltung und die Strafrechtsreform; 1919.
- Hueck, Götz: Bote - Stellvertreter im Willen - Stellvertreter in der Erklärung; in: Archiv für die zivilistische Praxis, Band 152, Seite 432 ff.
- Hübschmann, Walter - Hepp - Spitaler: Kommentar zur Reichsabgabenordnung; Köln 1954.
- Hupka, Josef: Die Vollmacht; Leipzig 1900.
- Jäger, Ernst: Kommentar zur Konkursordnung; 8. Aufl. Berlin 1958.
- Jellinek, Walter: Verwaltungsrecht; 3. Aufl. Berlin 1948.
- Jerusalem, Franz Wilhelm: Grundriß des Verwaltungsrechts, Frankfurt 1947.
- Kelsen, Hans: Zur Lehre der öffentlich-rechtlichen Rechtsgeschäfte; in: Archiv des öffentlichen Rechts, Band 31, Seite 53 ff, 190 ff.
- Koch, Norbert: Die öffentlich-rechtliche Verwahrung; Hamburg 1952; Diss. jur.
- Kormann, Karl: System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte; Berlin 1910.
- Krause, Herrmann: Schweigen im Rechtsverkehr, Marburg 1933.
- Kühn, Rudolf: Kommentar zur Abgabenordnung; 3. Aufl. Stuttgart 1954.
- von Köhler, Ludwig: Grundlehren des deutschen Verwaltungsrechts; 2. Aufl. Stuttgart 1936.
- Laband, Paul: Die Stellvertretung beim Abschluß von Rechtsgeschäften nach dem allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch; in: Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, Band 10, Seite 183, 209 ff.
- Landmann - Giers - Proksch: Allgemeines Verwaltungsrecht; 2. Aufl. Düsseldorf 1960.
- von Landmann, Robert - Rohmer, Gustav: Kommentar zur Gewerbeordnung; neubearb. v. Eyermann - Fröhler; Band 1, 11. Aufl. 1956.
- Laforet, Wilhelm: Deutsches Verwaltungsrecht; München 1937.
- Larenz, Karl: Methodenlehre zur Rechtswissenschaft, Berlin 1960.
- Larenz, Karl: Schuldrecht; Allgemeiner Teil, 4. Aufl. München 1960.
- Lassaly, Oswald: Die Anwendbarkeit von Normen des BGB auf das öffentliche Recht; in: Fischer's Zeitschrift für Verwaltungsrecht; Band 59, Seite 153 ff.

- Lehmann, Heinrich: Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts; 11. Aufl. Berlin 1958.
- Lent, Heinrich: Zwangsvollstreckungs- und Konkursrecht; München 1956.
- Leonhard, Franz: Allgemeines Schuldrecht des BGB; München 1929.
- Ludewig, Wilhelm: Die Ermächtigung nach bürgerlichem Recht; Marburg 1922.
- Mayer, Otto: Deutsches Verwaltungsrecht; 3. Aufl. München 1924.
- Meier - Branecke: Anwendbarkeit privatrechtlicher Normen im Verwaltungsrecht; in: Archiv des öffentlichen Rechts, n.F. Band 11, Seite 230 ff.
- Mentzel, Franz - Kommentar zur Konkursordnung; 6. Aufl. Berlin
Kühn, Georg: 1955.
- Michel: Kommentar zum Gaststättengesetz; 4. Aufl. 1952.
- Münzer: Die Anwendbarkeit von Rechtsgrundsätzen des Privatrechts auf das öffentliche Recht; Breslau 1934, Diss. jur.
- Müller-Freienfels, Die Vertretung beim Rechtsgeschäft; Tübingen
Wolfram: 1955.
- Nipperdey, Hans Carl: Formmängel, Vertretungsmängel, fehlende Genehmigung bei Rechtsgeschäften der öffentlichen Hand und Treu und Glauben; in: Juristenzeitung 1952, Seite 577 f.
- Nebinger, Robert: Verwaltungsrecht; 2. Aufl. Stuttgart 1949.
- Ohr, Günter: Zur Problematik des Handelns unter fremdem Namen; in: Archiv für die zivilistische Praxis, Band 152, Seite 216 ff.
- Palandt, Otto - Bürgerliches Gesetzbuch; Handkommentar;
Dankelmann, B.: 20. Aufl. München 1961.
- Peters, Hans: Lehrbuch der Verwaltung; Heidelberg 1949.
- Rosenberg, Leo: Die Stellvertretung im Prozeß; München 1908.
- Rosenberg, Leo: Lehrbuch des Zivilprozeß; 8. Aufl. München 1960.
- Salzwedel, Jürgen: Die Grenzen der Zulässigkeit des öffentlich-rechtlichen Vertrages; Berlin 1958; Diss. jur.
- von Savigny, Friedrich: Obligationenrecht als Teil des heutigen römischen Rechts; Berlin 1851.
- Schack, Friedrich: Analogie und Verwendung allgemeiner Rechtsgedanken bei der Ausfüllung von Lücken im Verwaltungsrecht; in: Festschrift für Rudolf Laun; Hamburg 1948, Seite 275 ff.

- Schless, Robert: Mittelbare Stellvertretung und Treuhand; Leipzig 1931.
- Schloßmann, Sigmund: Die Lehre von der Stellvertretung, insbesondere bei obligatorischen Verträgen; Band 1 und 2, Leipzig 1900 (1902).
- Schmitt, Karl Herrmann: Treu und Glauben im Verwaltungsrecht; Berlin 1935.
- Scholz, Franz: Treu und Glauben bei Privatrechtsgeschäften der öffentlichen Hand; in: Neue juristische Wochenschrift 1953, Seite 961.
- Schüle, Adolf: Treu und Glauben im deutschen Verwaltungsrecht; in: Verwaltungsarchiv, Band 38, Seite 399 ff.
- Schultzenstein: Polizeiwidriges Handeln und Vertretung im Verwaltungsrecht; in: Verwaltungsarchiv, Band 14, Seite 1 ff.
- Soergel, Hs. Th.: Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar; bearb. von W. Siebert; Band 1, 9. Aufl. Stuttgart 1959.
- Spanner, Hans: Empfiehlt es sich, den allgemeinen Teil des Verwaltungsrechts zu kodifizieren? Gutachten für den 43. Deutschen Juristentag, in: Verhandlungen des 43. Deutschen Juristentages, München 1960, Band 1; 2. Teil A.
- von Staudinger, J.: Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar; Band 1, 61. Aufl. von Fr. Brändl und H. Coing; 11. Aufl. Berlin 1957.
- Stein, Friedrich - Jonas, Martin: Kommentar zur Zivilprozeßordnung; 18. Aufl. bearb. von A. Schönke, fortgeführt von R. Pohle; Band 1, Tübingen 1953.
- Stern, Klaus: Zur Grundlegung einer Lehre des öffentlich-rechtlichen Vertrages; in: Verwaltungsarchiv, Band 49, Seite 106 ff.
- von Thur, Andreas: Allgemeiner Teil des BGB; Band 2, Teil 2; 1914.
- von Turegg, Kurt Egon: Lehrbuch des Verwaltungsrechts; 3. Aufl. Berlin 1956.
- Ule, Carl Herrmann: Verwaltungsprozeßrecht, ein Studienbuch; 2. Aufl. München 1961.
- Weigelin, Ernst: Die Lücken im Recht; in: Jhe rings Jahrbücher, n.F. Band 52, Seite 4 ff.
- Westermann, Harry: Lehrbuch des Sachenrechts; 4. Aufl. Karlsruhe 1960.

- Windscheid, Bernhard: Lehrbuch der Pandekten; bearb. von H. Kipp; 9. Aufl. Düsseldorf 1906.
- Wolff, Hans Julius: Organschaft und juristische Person; Band 2: Theorie der Stellvertretung; München 1934.
- Wolff, Hans Julius: Verwaltungsrecht; Teil 1; 3. Aufl. München 1959.
- Wolff, Hans Julius: Anmerkung zum Urteil des OLG München; in MDR 1953, S. 167 ff.; in MDR 1953, S. 169 ff.
- Woischke, Walter: Die Stellvertretung bei verwaltungsrechtlichen Akten von Privatpersonen; Diss. jur. Göttingen 1937.
- Werner, Fritz: Empfiehlt es sich, den allgemeinen Teil des Verwaltungsrechts zu kodifizieren? Gutachten für den 43. Deutschen Juristentag; in: Verhandlungen des 43. Deutschen Juristentages, München 1960; Band 1; 2. Teil B.

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

Aufl.	Auflage
a. A.	anderer Ansicht
a. a. O.	am angegebenen Ort
ADHGB	Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch v. 31.5.1861
AktG	Aktiengesetz vom 30.1.1937
AllgT	Allgemeiner Teil
Anm.	Anmerkung
ArchÖffR	Archiv für öffentliches Recht, zitiert nach Band und Seite
AcP	Archiv für die civilistische Praxis, zit. nach Band und Seite
Art.	Artikel
BBG	Bundesbeamtengesetz vom 14.7.1953
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen, amtliche Sammlung, zitiert nach Band und Seite
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts, amtliche Sammlung, zitiert nach Band und Seite
BWVBl.	Baden-Württembergisches Verwaltungsblatt, zitiert nach Jahrgang und Seite
DGO	Deutsche Gemeindeordnung vom 30.1.1935
Diss. jur.	Juristische Dissertation
DÖV	Die öffentliche Verwaltung, zitiert nach Jahrgang und Seite
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt, zitiert nach Jahrgang und Seite
EheG	Ehegesetz vom 20.2.1946
EWVRO	Verwaltungsrechtsordnung für Württemberg, Entwurf eines Gesetzes mit Begründung 1931
EinzelhandelsG	Gesetz über die Berufsausübung im Einzelhandel vom 5.8.1957
FahrlVO	Fahrlehrer-Verordnung vom 23.7.1957
FGG	Gesetz über die Freiwillige Gerichtsbarkeit i. d. F. vom 18.5.1957
FischersZ	Fischers Zeitschrift für Verwaltungsrecht, zitiert nach Jahrgang und Seite

GaststG	Gaststättengesetz vom 28.4.1930
GBÖ	Grundbuchordnung i.d.F. vom 5.8.1935
GewO	Gewerbeordnung für das Deutsche Reich i.d.F. vom 29.9.1953
GüKG	Güterkraftverkehrsgesetz vom 17.10.1952
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz i.d.F. d. Bekanntmachung v. 12.9.1950
HandwO	Gesetz zur Ordnung des Handwerks vom 17.9.1953
JheringsJb	Jherings Jahrbücher für Dogmatik des Bürgerlichen Rechts, zitiert nach Band und Seite
JW	Juristische Wochenschrift, zitiert nach Jahrgang und Seite
JZ	Juristenzeitung, zitiert nach Jahrgang und Seite
KG	Kammergericht
KO	Konkursordnung i.d.F. vom 20.5.1898
LBG	Beamtengesetz von Rheinland-Pfalz i.d.F. vom 28.4.1951
LM	Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen, herausgegeben von Lindenmaier und Möhring, zitiert nach Paragraph und Nummer der Entscheidung
LPolVO	Landespolizeiverordnung
LVG	Landesverwaltungsgericht
LVO	Landesverordnung
MilchG	Milchgesetz
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht, zitiert nach Jahrgang und Seite
n.F.	neue Folge
NJW	Neue juristische Wochenschrift, zitiert nach Jahrgang und Seite
OGH britZ	Oberster Gerichtshof für die britische Zone
OVG	Oberverwaltungsgericht
OLG	Oberlandesgericht
PersstG	Personenstandsgesetz vom 3.11.1937
PrOVG	Preußisches Oberverwaltungsgericht, amtliche Entscheidungssammlung, zitiert nach Band und Seite
PrVBl.	Preußisches Verwaltungsblatt, zit. nach Band und Seit
PVG	Polizeiverwaltungsgesetz
RAbgO	Reichsabgabenordnung vom 22.5.1931
RG	Reichsgericht
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen, amtliche Sammlung, zitiert nach Band und Seite
RHO	Reichshaushaltsordnung vom 31.12.1922
Rh.-Pf.	Rheinland-Pfalz

s.	siehe
StPO	Strafprozeßordnung i.d.F. der Bekanntmachung vom 12.9.1950
u.a.	unter anderem
VerwArch	Verwaltungsarchiv, zitiert nach Band und Seite
VerwRspr	Verwaltungsrechtsprechung in Deutschland, Sammlung oberstrichterlicher Entscheidungen aus dem Verfassungs- und Verwaltungsrecht, zitiert nach Band und Seite
Vergl.	Vergleiche
VerwGO	Verwaltungsgerichtsordnung vom 21.1.1960
VO	Verordnung
WaffG	Waffengesetz vom 18.3.1938
ZPO	Zivilprozeßordnung i.d.F. d. Bekanntmachung vom 12.9.1950

EINLEITUNG:

Die allgemeinen Grundlagen der Lehre von der Stellvertretung, - die Notwendigkeit des Instituts der Stellvertretung, - die Verwendung zivilrechtlicher Vorschriften im Verwaltungsrecht, - Analogie oder allgemeiner Rechtsgedanke?

Die Entwicklung des öffentlichen Lebens zu einem vielschichtigen und umfangreichen sozialen Gebilde hat dazu geführt, daß die Aufgaben des einzelnen Bürgers und des Staates gewachsen sind. Mit der Entwicklung des Wirtschaftslebens hat auch das moderne Verwaltungsrecht eine Verbreiterung seiner Wirkungsbereiche und Aufgaben erfahren. Es umfaßt eine Vielzahl tatsächlicher und rechtlicher Vorgänge, die unter anderem der Bewältigung der Aufgaben dienen, die durch die wachsende Technisierung des täglichen Lebens und das moderne Staatswesen gestellt werden.

Die Komplizierung des öffentlichen Lebens bringt für den Staat, die Kommunen und andere öffentlich-rechtliche Organisationen, wie für die Wirtschaft und den einzelnen Bürger eine Fülle von Verpflichtungen. Die Lösung der damit verbundenen Fragen wird, soweit sie in das öffentliche Recht gehören, durch das Verwaltungsrecht teils der Verwaltung, teils dem einzelnen Bürger als Privatperson übertragen.

Der Staat und die öffentlich-rechtlichen Körperschaften bedienen sich zur Erfüllung der ihnen zukommenden Aufgaben der Verwaltung. Sie weisen durch eine wohlgegliederte Kompetenzen-Pyramide die einzelnen Verpflichtungen an bestimmte Organe. Die Aufgaben werden dadurch so verteilt, daß dem jeweiligen Organ ein bestimmter Arbeitsbereich zukommt, den es zu bewältigen hat. Diese Gliederung bewirkt, daß die Funktionen der Verwaltung nicht bei einer Stelle zusammengefaßt sind und diese damit überlastet würde. Sie verteilt vielmehr die Lasten auf die einzelnen Organe der Verwaltung und führt damit eine gleichmäßige Entlastung herbei.

Der einzelne Bürger wäre in vielen Fällen überfordert, wenn er die Rechte und Pflichten, die durch seine Beteiligung am wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Leben für ihn entstehen, in eigener Person wahrnehmen oder erfüllen müßte. Die Vielseitigkeit der Aufgaben, die das moderne Leben mit sich bringt, drängt nach einer Lösung, die es ermöglicht, einen Dritten bei der Durchführung dieser Rechte und Pflichten mithelfen zu lassen.

Das gesellschaftliche Verhalten sowie das berufliche Leben des einzelnen Bürgers wird nicht nur vom Zivil- und Strafrecht beeinflusst. Das Verwaltungsrecht verlangt in wachsendem Umfang Beachtung. Es schafft in vielen Fällen die Grundlage, um dem Bürger ein bestimmtes gewünschtes Verhalten oder eine Betätigung zu ermöglichen. Bei der Vielseitigkeit der Aufgaben und Berechtigungen, die durch das Verwaltungsrecht dem Bürger übertragen werden, würde ihm deren Wahrnehmung erschwert, wenn in allen Punkten Wert darauf gelegt würde, daß der Bürger selbst handeln müßte ohne die Möglichkeit, sich durch einen Vertreter zu entlasten. Die Entlastung der Verwaltung liegt in der Gliederung der Organe. Für den Bürger bedeutet es eine Entlastung, wenn er sich zur Erfüllung seiner Pflichten einer anderen Person bedienen kann, die für ihn handelt und den gewünschten Zustand tatsächlicher oder rechtlicher Art herstellt, mit der Folge, daß er dem Berechtigten zugerechnet wird. Neben der Möglichkeit, eine Entlastung herbeiführen zu wollen, bleibt zu berücksichtigen, daß der Bürger aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen verhindert sein kann, eine verlangte oder von ihm gewünschte Handlung vorzunehmen. Er muß also nach Möglichkeiten suchen, die ihm erlauben, seine Rechte- und Pflichtenlage so zu verteilen, daß er die ihm gestellten Aufgaben erfüllen kann, ohne dadurch im Übermaß beansprucht zu werden.

Das Zivilrecht hat die Lösung in der Lehre von der Stellvertretung gefunden, die in §§ 164 ff BGB gesetzlich verankert ist.

Das öffentliche Recht hat zu den Problemen der Stellvertretung keine geschlossene, aus sich selbst entwickelte Lehre oder Gesetzgebung aufzuweisen. Vielmehr wurden die durch die Stellvertretung aufgeworfenen Probleme in Anlehnung an die Lehre des Zivilrechts über die Stellvertretung entwickelt und gelöst.

Die folgende Untersuchung soll, vom Zivilrecht ausgehend, die Möglichkeiten aufzeigen, die dem einzelnen Bürger gegeben sind, um sich bei der Erfüllung der ihm durch das Verwaltungsrecht gestellten Aufgaben anderer Personen zu bedienen. Es gilt, anhand verschiedener im Verwaltungsrecht normierter Tatbestände, die rechtlichen Maßstäbe der Stellvertretung sowie deren Rechtsfolgen im Verwaltungsrecht zu untersuchen.

Die Untersuchung soll auf die Probleme beschränkt bleiben, die sich bei der Vertretung des einzelnen Bürgers gegenüber der Verwaltung ergeben können. Diese Fragen entstehen durch die Entscheidung des Bürgers, mit der Wahrnehmung seiner Rechte und Pflichten im Rahmen des Verwaltungsrechts einen Dritten zu beauftragen.

Die Vertretung der Verwaltungsbehörden richtet sich nach der Organisation der einzelnen Verwaltungsbehörden. Das Recht des einzelnen Behördenmitgliedes, seine Behörde zu vertreten, beruht auf der Organisationsgewalt des Staates und der Verbände und entsprechenden Anordnungen der jeweiligen öffentlich-rechtlichen Körperschaft. Für die Vertretung der Verwaltung gilt somit ein besonderes, auf die speziellen Belange der Behörden zugeschnittenes Vertretungsrecht kraft Organisationsgewalt.

Solche Organisationsnormen gibt es aber im Rahmen der Stellvertretung Privater nicht, so daß für deren Stellvertretung im Verwaltungsrecht andere Maßstäbe anzulegen sind, als sie für die Vertretung einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft von Bedeutung sind.

Zum Verständnis der Fragen, die durch die Stellvertretung im Verwaltungsrecht aufgeworfen werden, ist es nötig, die entscheidenden Merkmale tatsächlicher und rechtlicher Art zu beleuchten, die die bürgerlich-rechtliche Ausgestaltung der Stellvertretung kennzeichnen. Die Anlehnung an die Lehre der Stellvertretung des Zivilrechts kann jedoch nur dann vorgenommen werden, wenn sichergestellt ist, daß zivilistisches Gedankengut und die im BGB zum Ausdruck gekommenen Rechtsgrundsätze im Verwaltungsrecht angewendet werden können.

Das Zivilrecht stellt der Regelung der einzelnen Lebensbeziehungen, dem Schuldrecht, Sachenrecht, Familienrecht und dem Erbrecht im BGB einen allgemeinen Teil voran, der die später verwendeten allgemeinen Begriffe und Rechtsinstitute im einzelnen darstellt. Damit kann bei den Sonderregelungen der einzelnen zivilistischen Materien auf gesetzlich festgelegte Begriffe zurückgegriffen werden. Auf einen solchen begriffsbildenden allgemeinen Teil als Teil des kodifizierten Verwaltungsrechts kann das öffentliche Recht nicht verweisen. Diesem Mangel versuchte der Entwurf einer Verwaltungsrechtsordnung für Württemberg von 1931 zu begegnen, indem er eine dem Allgemeinen Teil des BGB entsprechende Formulierung allgemeiner Begriffe und Rechtsinstitute vorschlug.

Die Literatur (1) und die Rechtsprechung (2) haben sich mit der wachsenden

- (1) Vergl. Schüle, Treu und Glauben, VerwArch Bd.38 S.405 ff; Bergmann, Auswertung, S.24 ff; Meier-Branecke, Anwendbarkeit, Arch.d.ö.R. Bd.11 S.236.
- (2) Vergl. VGH Stuttgart VRspr. Bd.2 S.58; VGH Karlsruhe DÖV 1950 S.157; OVG Hamburg DVBl.1951 S.28; BVerwGE Bd.3 S.11; Bd.3 S.199; PrOVG Bd.83 S.305; Bd.83 S.150; Bd.87 S.1; Bd.94 S.16; Bd.97 S.189; Bd.101 S.94; Bd.104 S.6; RGZ Bd.134 S.15; Bd.124 S.167; Bd.130 S.98.

Bedeutung und Entwicklung des Verwaltungsrechts auf den Standpunkt gestellt, gewisse im Zivilrecht entwickelte und normierte Rechtsregeln könnten die Grundlagen auch für eine öffentlich-rechtliche Rechtsregel bilden, um bestehende Lücken des Verwaltungsrechts auszufüllen. Den angeführten Entscheidungen ging es um die Frage, ob Rechtsgedanken, die in bürgerlich-rechtlichen Normierungen ihren Ausdruck gefunden haben, auch im Verwaltungsrecht Geltung haben können, ohne daß sie in verwaltungsrechtlichen Gesetzen ausdrücklich erwähnt sind. Man ging davon aus, daß bestimmte Rechtsgrundsätze im öffentlichen Recht ebenso zur Anwendung gelangen müßten wie im Zivilrecht. Aus der zeitlichen Priorität des Auftretens im Bereich des Privatrechts könne nicht auf eine ihnen innewohnende Beschränkung auf das Zivilrecht geschlossen werden (1). Darüber hinaus sei in diesen Rechtsgrundsätzen ein allgemeiner Rechtsgedanke ausgedrückt. Mit dem Hinweis auf die Allgemeingültigkeit solcher Vorschriften werden z. B. der Rechtsgedanke von Treu und Glauben (§§ 133, 157, 242, 320, 815 BGB), die Rechtsgrundsätze über die Berechnung von Fristen und der Verjährung (§§ 187-193, 195 ff BGB), die Schutzvorschriften des Dienstvertrages (§ 618 BGB), soweit diese Frage nicht positiv-rechtlich in den Beamtenengesetzen geregelt ist, sowie der Rechtsgedanke der Verwirkung auf das öffentliche Recht übertragen und angewendet. Auch der Grundgedanke der Haftung für einen bestellten Erfüllungsgehilfen (§ 278 BGB) und das Rechtsinstitut der Verwahrung (§§ 688 ff BGB) haben auf diese Weise Eingang in das öffentliche Recht erhalten (2). Dabei wird viel gestritten, ob die genannten bürgerlich-rechtlichen Vorschriften im Wege der Analogie im Verwaltungsrecht angewendet werden können, oder ob lediglich der allgemeine Rechtsgedanke dieser Vorschriften in das Verwaltungsrecht übertragen werden solle (3).

Von diesen Anwendungsfällen zivilrechtlicher Vorschriften ausgehend, soll zunächst untersucht werden, ob die Vorschriften des bürgerlichen Rechts über die Stellvertretung im Verwaltungsrecht analog oder dem Rechtsgedanken nach anzuwenden sind. "Analogie ist die Anwendung der Rechtsfolgen bestimmter Rechtssätze auf einen anderen Sachverhalt als auf den, den seine Norm nach der Auslegung regelt, wegen der Rechtsähnlichkeit der Gesetzes- und der Fallentscheidung" (4). Analogie bedeutet die Anwendung der positiv-

(1) Vergl. Fleiner, Rektoratsrede, S. 23.

(2) Vergl. Schack in Festschrift für Laun, S. 275; Forsthoff, Lehrbuch, S. 154, 159, 160.

(3) Vergl. Schack, a. a. O., S. 292.

(4) Vergl. Bartholomeyczik, Gesetzesauslegung, S. 81.

rechtlich niedergelegten Norm als solcher ihrem Sinne nach, unter notwendiger Anpassung der gesetzlichen Vorschrift an den zu regelnden Fall. Ausgangspunkt und Sinn der Analogie ist die Annahme eines gleichen gesetzgeberischen Grundes für den nicht geregelten Fall im Vergleich zu dem, der durch das Gesetz bestimmt wird. Die Übertragung einer im Gesetz gegebenen Regel auf den nicht geregelten oder ähnlichen Fall gründet sich auf die Erkenntnis, daß in beiden Fällen die gleiche rechtliche Betrachtungsweise angebracht sei (1). Die Gerechtigkeit erfordert gleichmäßige Behandlung, nämlich gleichartige Vorgänge rechtlich gleich zu bewerten. Ähnlichkeit bedeutet aber nicht, daß in allen Punkten die verglichenen Fälle übereinstimmen. "Analogie ist nur gerechtfertigt, wenn eine Übereinstimmung in allen denjenigen Hinsichten besteht, die für die rechtliche Bewertung maßgeblich sind. Die bewertende Beurteilung muß von dem Zweck und dem Grundgedanken der gesetzlichen Regelung ausgehen" (2). Die Frage nach der Zulässigkeit der analogen Anwendung zivilrechtlicher Vorschriften wird in der verwaltungsrechtlichen Literatur verschieden beantwortet.

Otto Mayer, der auf den strukturellen Unterschied zwischen privatem und öffentlichem Recht hingewiesen hat (2), lehnt die Analogie als unzulässig ab (4). Die Rechtsähnlichkeit wirke im letzten Grunde nur durch die Auslegung des anzuwendenden Gesetzeswillens; für den Willen eines Zivilrechtsatzes aber könne ein öffentlich-rechtliches Verhältnis nie etwas Rechtsähnliches sein. Deswegen gäbe es keine Rechtsinstitute, die dem öffentlichen und dem Privatrecht gemeinsam seien. Auch das Vorhandensein gemischter Rechtsinstitute sowie öffentlich-rechtlicher Rechtsinstitute mit zivilrechtlicher Wirkung wird von Mayer geleugnet (5). Bergmann (6) lehnt die Analogie mit dem Hinweis auf den grundsätzlichen Unterschied zwischen öffentlichem und privatem Recht ab. Ebenso lehnt Hofacker (7) die Anwendbarkeit zivilrechtlicher Vorschriften im Verwaltungsrecht ab. Auch Schüle (8) hat sich gegen eine analoge Anwendung zivilrechtlicher Vorschriften im

(1) Vergl. Larenz, Methodenlehre, S. 288.

(2) Vergl. Larenz, a.a.O.

(3) Vergl. Mayer, Dt. Verwaltungsrecht, S. 118 ff.

(4) Vergl. Mayer, a.a.O., S. 119.

(5) Vergl. a.a.O., S. 123.

(6) Vergl. a.a.O., S. 23.

(7) Vergl. Hofacker, Staatsverwaltung, S. 89.

(8) Vergl. a.a.O., S. 408.

Verwaltungsrecht ausgesprochen. Fleiner (1) will bei bestehenden Lücken jedes Rechtssystem sich selbst ergänzen lassen.

Für die Anwendung des Analogieschlusses haben sich ausgesprochen: Kormann (2), Lassaly (3), Jellinek (4) und Wolff (5). In der Rechtsprechung wird in zunehmendem Maße die Analogie bürgerlich-rechtlicher Vorschriften im Verwaltungsrecht abgelehnt (6). Giacometti (7) steht auf dem Standpunkt, die ohne Zulassung durch das öffentliche Recht erfolgende analoge Anwendung privatrechtlicher Vorschriften auf das öffentliche Recht stehe im Rechtsstaat im Widerspruch zum Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, da sie ihren Rechtsgrund im öffentlichen Recht haben müsse. Da die Analogie im Strafrecht verpönt sei, müsse das gleiche auch im Verwaltungsrecht des Rechtsstaates gelten.

In ähnlicher Weise begründet Giacometti (8) die Ablehnung der Anwendung solcher Normen des Zivilrechts, die man als Niederschlag allgemeiner Rechtsgrundsätze, also als allgemeinen Teil des Rechts ansieht.

In wachsendem Umfang wird in Lehre und Rechtsprechung anstelle der Analogie der allgemeine Rechtsgedanke als Instrument zur Ausfüllung von Lücken verwendet (9). Die Figur des allgemeinen Rechtsgedankens besagt, daß von einer gesetzlichen Vorschrift auf den ihr zugrunde gelegten Gedanken geschlossen wird.

"Der Richter, der nach Rechtsgedanken allgemeinen Charakters fahndet, ent-

(1) Vergl. Fleiner, Institutionen, S. 55.

(2) Vergl. System, S. 9.

(3) Vergl. Anwendbarkeit, FischZ Bd. 59 S. 153.

(4) Vergl. Verwaltungsrecht, S. 153.

(5) Vergl. Verwaltungsrecht, S. 117.

(6) Vergl. RGZ Bd. 97 S. 44; Bd. 104 S. 60; Bd. 107 S. 190; Bd. 110 S. 294; Bd. 111 S. 82; Bd. 124 S. 192.

(7) Vergl. Allgemeine Lehren des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts, S. 121.

(8) Vergl. a. a. O., S. 122 ff.

(9) Neuerdings wird die Figur des allgemeinen Rechtsgedankens von Larenz, Methodenlehre, S. 292, als Gesamt-Analogie angesprochen. Er geht aber nicht auf die Frage ein, wie weit mit Hilfe der Gesamt-Analogie Lücken eines dem speziellen Gesetz fremden Rechtsgebiets ausgefüllt werden können.

kleidet eine geschriebene, im positiven Zivilrecht ausgeprägte Rechtsregel ihres formalen Gewandes, abstrahiert von diesen Einzelheiten, forscht nach ihrem Grundzug und schält wie einen Kern den Rechtsgedanken heraus. Er schafft diese Rechtsgrundsätze nicht als freie, naturrechtliche, sondern er nimmt die Formulierung in den Gesetzesvorschriften als Anhalt für sich, als Beleg für das Vorhandensein der darunter liegenden Rechtsidee. Erweist sie sich von so allgemeiner Natur, daß sie unter voller Berücksichtigung der wesentlichen Eigenschaften auch auf diesem Rechtsgebiet Geltung beanspruchen kann, so erstreckt der Richter ihre Anwendung auf das benachbarte Rechtsgebiet, den publizistischen Tatbestand." (1) Das bedeutet, daß der Wille eines Rechtssatzes, der im Zivilrecht gesetzlich formuliert ist, der aber im Verwaltungsrecht keinen gesetzlichen Ausdruck gefunden hat, in öffentlich-rechtlicher Ausprägung im Verwaltungsrecht angewendet wird (2). Es handelt sich also nicht um eine eigenmächtige Einführung fremder, zivilistischer Rechtsgedanken in das Verwaltungsrecht, sondern um eine Aufdeckung von Grundsätzen, die auch dem Verwaltungsrecht eigen sind, nur, daß sie dort nicht positiv geregelt sind. Die Anwendung des gefundenen Rechtssatzes ist keine Übertragung einer zivilrechtlichen Vorschrift in das Verwaltungsrecht, die gefundene Rechtsregel fungiert vielmehr als Bestandteil des Verwaltungsrechts (3). Giacometti (4) übersieht, daß im Strafrecht eine analoge Anwendung von strafrechtlichen Vorschriften auf dort nicht geregelte Fälle nur zugunsten des Angeklagten möglich ist. Bei der hier angeschnittenen Frage handelt es sich aber darum, aus welchem Rechtsgebiet die bestehenden Lücken des Verwaltungsrechts gefüllt werden können. Insoweit kommt nicht eine analoge Anwendung verwaltungsrechtlicher Vorschriften in Frage, sondern solche Vorschriften, die nicht dem Verwaltungsrecht angehören. Desgleichen wird bei der Übertragung eines allgemeinen Rechtsgedankens, der im Zivilrecht positiv ausgedrückt ist, von der positiven Norm auf den ihr zugrunde liegenden Rechtsgedanken geschlossen und dann dieser Rechtsgedanke, nicht aber die Norm, in der er Ausdruck gefunden hat, in das Verwaltungsrecht übernommen.

Durch diese beiden Möglichkeiten der Anwendung zivilrechtlicher Grundsät-

(1) Vergl. Schüle, a. a. O., S. 405.

(2) Vergl. Schack, a. a. O., S. 277.

(3) Vergl. Schüle, a. a. O., S. 407.

(4) Vergl. a. a. O., S. 123.

ze im Verwaltungsrecht wird der Weg für eine Übertragung des Instituts der Stellvertretung in das Verwaltungsrecht geebnet.

Die Frage, welchem System der Rechtsanwendung der Vorzug zu geben ist, kann erst nach der Darlegung und Betrachtung der Grundsätze des BGB über die Stellvertretung entschieden werden.

ERSTER TEIL:

Die Lehre von der Stellvertretung im Bürgerlichen Recht

1. Kapitel: Theorien über die Stellvertretung, - die verschiedenen Arten der Stellvertretung

Erster Abschnitt: Theorien zur Stellvertretung, - Vollmacht und zugrunde liegendes Rechtsgeschäft

Die Rechtsentwicklung hat den aufgezeigten Schwierigkeiten, die bei der Verpflichtung zum persönlichen Handeln auftreten, Rechnung getragen und die Möglichkeit geschaffen, einen anderen mit der Wahrnehmung fremder Interessen zu beauftragen und die Wirkung dieser Handlungen in der Person des Auftraggebers entstehen zu lassen. Entsprechend den Vorschriften der §§ 164 ff BGB kann aufgrund einer rechtsgeschäftlich erteilten Vertretungsmacht der Vertretene berechtigt und verpflichtet werden.

Neben dem Bedürfnis, sich durch Beauftragung eines anderen zu entlasten, mußte der Tatsache Rechnung getragen werden, daß es Menschen gibt, die infolge ihres Alters oder eines Gebrechens außerstande sind, im Rechtsverkehr wirksam zu handeln und ihre Rechte sinnvoll und interessegemäß zu wahren. Diese Personen, die entweder in der Geschäftsfähigkeit beschränkt oder überhaupt geschäftsunfähig sind, werden durch ihre gesetzlichen Vertreter im Rechtsverkehr vertreten. So wird auf der einen Seite durch die Möglichkeit der gewillkürten Stellvertretung eine Arbeitsteilung und Vereinfachung erreicht und andererseits durch die Bestimmung eines gesetzlichen Vertreters ein Schutz für solche Personen ausgeübt, die nicht mehr in der Lage sind, ihren Interessen zu dienen. Während die rechtsgeschäftliche Stellvertretung freiwillig und in das Belieben jedes einzelnen gestellt ist, ist die gesetzliche Stellvertretung als notwendig anzusehen, da dem Geschäftsunfähigen ein wirksames Handeln nicht möglich ist (§§ 104, 105 BGB).

Eine andere Gruppe, die juristischen Personen, kann nur dadurch wirksam handeln, daß ein Organ für sie auftritt. Die Vereine, Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Aktiengesellschaften, Genossenschaften usw. nehmen am Rechtsleben teil durch Handlungen der Personen, denen nach der Organisation der juristischen Person Vertretungsmacht nach außen hin zukommt. Diese Personen werden zwar durch § 26 BGB mit der Stellung eines gesetzlichen Vertreters versehen, sind aber nicht gesetzliche Vertreter der juristi-

schen Person, sondern deren Organe (1). Das Organ, der Vorstand, ist nicht aus der Organisation herausgenommen, sondern bildet einen Teil der juristischen Person. Deshalb steht das Organ der juristischen Person nicht wie eine dritte, fremde Person gegenüber, wie der Bevollmächtigte seinem Vollmachtgeber gegenübersteht. Das Organ ist die ausführende Hand der juristischen Person. Das Organhandeln ist also von dem typischen Fall des Vertreterhandelns, des ersatzweisen Wirkens, das für einen anderen gelten soll, verschieden. Im Rahmen der Betrachtung des Vertreterhandelns braucht es deshalb nicht untersucht zu werden.

Bei der Stellvertretung handelt es sich um ein relativ junges Rechtsgebilde, in dem viele Einzelfragen noch bestritten sind und mit verschiedenen theoretischen Vorschlägen zu lösen versucht werden.

Die unmittelbare Stellvertretung hat sich erst in den letzten 150 Jahren im europäischen Zivilrecht entwickelt (2). Ausgehend von der juristischen Auffassung, man müsse alle Rechtswirkungen aus einheitlichen Oberbegriffen erklären oder im Wege der juristischen Kausalität entwickeln, sind besonders Savigny und Windscheid mit Theorien über die Stellvertretung hervorgetreten.

Savigny wollte den Vertreter als "juristisches Organ" des Vertretenen ansehen (3). Die Entscheidungen und Handlungen des Vertreters seien Ausfluß des Willens des Vertretenen, der durch den Vertreter handelt. Dieser sogenannten Geschäftsherrentheorie kam es entscheidend auf den Willen des Vertretenen an, der durch den Vertreter an den Dritten weitergeleitet wird. "Mein auf mannigfache Entschlüsse gerichteter Wille, zwischen welchen der Vertreter die Wahl haben soll, ist ja immer noch mein Wille, und der Vertreter erscheint in allen diesen Fällen als der bloße Träger meines Willens den anderen Parteien gegenüber." (4)

Der Möglichkeit der Anknüpfung an den Willen des Vertretenen widersprach die sogenannte Repräsentationstheorie, die den Geschäftswillen des Vertreters maßgeblich sein ließ für die Wirkung der Stellvertretung. Das Rechtsgeschäft kommt nach der Repräsentationstheorie nur seinen Wirkungen nach in der Person des Vertretenen zustande. Die Entscheidung im Willen liegt immer beim Vertreter.

(1) Vergl. Staudinger-Coing, Kommentar zum BGB, Anm. 10 zu § 26 BGB; Palandt, Kommentar zum BGB, Einf. 3 vor § 21 BGB.

(2) Vergl. Bertzel, Notgeschäftsführer, AcP Bd. 158, S. 136 ff.

(3) Vergl. Savigny, Obligationenrecht, S. 59.

(4) Savigny, a. a. O., S. 59.

Voraussetzung und Grenze des geäußerten Willens ist die Vertretungsmacht, die vom Vertretenen übertragen worden ist. In der Vertretungsmacht ist aber nicht schon der Wille des Vertreters festgelegt, es ist ihm lediglich ein Rahmen für die Bildung seines Willens gesteckt (1). Bei der Repräsentationstheorie fallen der Geschäftswille, den der Vertreter erklärt, und die Erteilung der Vertretungsmacht in zwei verschiedene, juristisch selbständige Tatsachen auseinander. Der Vertreter handelt und erklärt, die Folgen seines Tuns entstehen in der Person seines Vertretenen. Die Repräsentationstheorie konnte sich gegenüber der Geschäftsherrentheorie und anderen Theorien über die Stellvertretung durchsetzen und wurde der Regelung des BGB über die Stellvertretung zugrunde gelegt:

Das BGB geht von einer Reihe von Grundsätzen aus, die bei der Stellvertretung im gesamten Privatrecht Anwendung finden. Eine Vertretungswirkung kann nur dann eintreten, wenn ein Vertretungsverhältnis zwischen dem Vertreter und dem Vertretenen vorliegt. Durch dieses Verhältnis, das auf staatlicher Einrichtung, Gesetz, dem Willen der Beteiligten, Rechtsgeschäft, oder allein schon auf der Zugehörigkeit zu einer bestimmten verwandtschaftlichen Gemeinschaft beruhen kann, muß für den Vertreter die Verpflichtung begründet werden, in bald engerem, bald weiterem Umfang seine Arbeitskraft dem Vertretenen zu widmen (2).

Von besonderer Bedeutung für die Erfassung des Instituts der Stellvertretung ist die Einführung des Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuches gewesen (3). Es ging als erste Kodifikation davon aus, daß man die Stellvertretung nicht einfach als die äußere Seite des zwischen Stellvertreter und Vertretenem bestehenden schuldrechtlichen Rechtsverhältnisses, die Vertretungsmacht nicht nur als eine äußere Wirkung dieses Rechtsgeschäftes ansehen könne, daß vielmehr die Vertretungsmacht etwas rechtlich Besonderes sein müsse (4). Die Verschiedenheit der Vertretungsmacht von dem ihr zugrunde liegenden Rechtsverhältnis, die rechtliche Unabhängigkeit, ist jedoch erst von Laband (5) untersucht worden. Es war sein Hauptanliegen, die Abstrakt-

(1) Vergl. Windscheid, Pandekten § 73.

(2) Vergl. Schloßmann, Stellvertretung, Bd.1, S.109 ff.

(3) Vergl. Hupka, Vollmacht, S.12; ADHGB Art.297,298,323,360.

(4) Vergl. Laband in Goldschmitts Zeitschrift f. Handelsrecht, Bd.10, S.183 ff; S.209 ff.

(5) a.a.O., S.183 ff.

heit der Vertretungsmacht von dem zugrunde liegenden Rechtsgeschäft anhand des ADHGB nachzuweisen (1).

Das BGB unterscheidet davon ausgehend, das Rechtsverhältnis, das den Vertreter ermächtigt, für einen anderen zu handeln, von dem rechtlichen Können, mit unmittelbarer Rechtswirkung für oder auch gegen den Geschäftsherrn zu handeln. Neben diesem Rechtsgeschäft, das eine Verpflichtung des Vertreters im Innenverhältnis begründet, steht die Willenserklärung der Bevollmächtigung, die dem Vertreter die Rechtsmacht zum Handeln für den Vertretenen gegenüber Dritten verleiht. Diese Trennung des Kausalverhältnisses von der Bevollmächtigung wird als das Abstraktionsprinzip bezeichnet. Die Vollmacht als Rechtsmacht zum Handeln ist demnach von dem ihr zugrunde liegenden schuldrechtlichen Verhältnis unabhängig. Lediglich § 168 BGB macht davon eine Ausnahme und knüpft das Erlöschen der Vollmacht an das zugrunde liegende Rechtsverhältnis.

Eine unmittelbare Rechtswirkung für und gegen den Vertretenen kann das Handeln des Vertreters nur dann zeitigen, wenn er bei seinem Auftreten erkennbar werden läßt, daß er als Vertreter eines Dritten handeln will. Diese sogenannte unmittelbare Stellvertretung ist ein Ausfluß des Offenheitsprinzips. Aufgrund der Offenlegung der Vertretungsverhältnisse werden die durch das Handeln des Vertreters begründeten Rechte und Pflichten unmittelbar dem Vertretenen zugeordnet (2). Sie entstehen in bezug auf seine Person. Dabei genügt nach § 164 Abs.1 Satz 2 BGB, daß aus den Umständen, die das Auftreten des Vertreters begleiten, hervorgeht, daß er nicht im eigenen Namen, sondern für jemand anderes handeln will. Dies kann durch Auslegung der abgegebenen Erklärung oder auch durch Beurteilung der Umstände, unter denen der Vertreter gehandelt hat, geklärt werden. Bei der Frage, wie sich die "Umstände" darlegen lassen, muß die Verkehrssitte und eine natürliche Betrachtungsweise der zugrunde liegenden Lebensverhältnisse berücksichtigt werden.

(1) Vergl. Bertzel, a.a.O., S.137.

(2) Vergl. Wolff, Theorie der Stellvertretung, S.144.

Zweiter Abschnitt: Mittelbare Stellvertretung und In-sich-Geschäft

Daneben wurde in Lehre und Rechtsprechung die indirekte Stellvertretung entwickelt, die dann vorliegt, wenn jemand im eigenen Namen, aber im Interesse und für Rechnung eines anderen ein Rechtsgeschäft vornimmt (1). Es bleibt dabei dem Geschäftsgegner verborgen, daß bei Abschluß durch den "Vertreter" das wirtschaftliche Interesse eines anderen gewahrt wird. Zum Eintritt des Geschäftsherrn in das durch den Vertreter abgeschlossene Rechtsgeschäft bedarf es einer Handlung des Vertreters, die die in seiner Person entstandenen Rechte auf den Geschäftsherrn übergehen läßt. Im Gegensatz zu der direkten Stellvertretung werden die Rechte und Pflichten zunächst in der Person des Vertreters begründet und dann auf den Vertretenen übertragen (2). Das kann entweder durch Rechtsgeschäft zwischen Vertreter und Geschäftsherrn oder durch sogenanntes Selbstkontrahieren des Vertreters geschehen. Hier erwirbt der Vertreter zunächst das Recht. Zur Weiterübertragung an den Geschäftsherrn einigt sich der Vertreter mit sich selbst als Vertreter des Geschäftsherrn über den Übergang des Rechts und, wenn es sich um die Übertragung von Eigentum handelt, über die Schaffung eines Besitzmittlungsverhältnisses (§ 868 BGB). Voraussetzung für die Zulässigkeit eines solchen In-sich-Geschäftes ist, daß der Vertreter auf Grund eines kausalen Verhältnisses (Auftrag, Dienstvertrag u. a.) zwischen ihm und dem Geschäftsherrn diesem zur Übertragung der erworbenen Rechte verpflichtet ist. Diese Art der Stellvertretung, bei der die Rechtsfolgen mittelbar beim Geschäftsherrn eintreten, deswegen auch indirekte oder stille Stellvertretung genannt wird, hat im BGB keine Regelung gefunden. Sie wurde aus den Geschäften der Kommission (§§ 383 ff HGB) und der Spedition (§§ 407 ff HGB) entwickelt. Der mittelbare Stellvertreter ist weniger Stellvertreter in dem bisher gebrauchten Sinn, als Vertrauensmann, der im Interesse des Geschäftsherrn selbst Vertragspartner mit eigener Berechtigung und Verpflichtung wird (3). Erst das Rechtsgeschäft, mit dem die Rechte auf den Geschäftsherrn übertragen werden, läßt diesem die Ergebnisse des Handelns des Vertreters zukommen.

(1) Vergl. Staudinger-Going, a. a. O., Vorbem. 38 zu § 164 BGB.

(2) Vergl. Staudinger-Going, a. a. O., Vorbem. 39 zu § 164 BGB.

(3) Vergl. Schless, Mittelbare Stellvertretung, S. 42.

Dritter Abschnitt: Mittelbare Stellvertretung und Treuhandschaft

Im Zusammenhang mit der mittelbaren Stellvertretung ist das Institut der Treuhandschaft zu betrachten. Mittelbare oder indirekte Stellvertretung ist Handeln im eigenen Namen für fremde Rechnung, während die Berechtigung und Verpflichtung, die aus der Treuhandschaft entspringt, Rechtsträgerschaft für fremde Rechnung ist (1). Das Treuhandverhältnis steht der mittelbaren Stellvertretung sehr nahe, kann ihr aber nicht gleichgeachtet werden. Das Wesen der Stellvertretung kommt erst da zum Ausdruck, wo der Stellvertreter von seiner Vertretungsmacht Gebrauch macht und für einen anderen mit Dritten in Rechtsbeziehungen tritt. Für die Stellung als Treuhänder sind Beziehungen zu Dritten nicht maßgeblich. Seine Rechte und Pflichten können sich in einem Verhältnis zum Treugeber erschöpfen (2). Die Treuhandschaft ist bezogen auf ein Treugut, einen Vermögensgegenstand, an dem der Treuhänder eine Verwaltungs- oder Verfügungsbefugnis haben soll. Die Stellvertretung und insbesondere die indirekte bezieht sich auf den Abschluß von Rechtsgeschäften, deren Gegenstand nicht notwendig ein Stück des Treuguts zu sein braucht (3).

Vierter Abschnitt: Geschäft für den, den es angeht

Darüber hinaus haben Lehre und Rechtsprechung eine Ausnahme zugelassen, die das Prinzip, das Vertretungsverhältnis kenntlich machen zu müssen, durchbricht. Bei der direkten Stellvertretung kann nur durch die Kenntlichmachung des Vertretungsverhältnisses mit Wirkung für einen anderen gehandelt werden. Oft will aber jemand als Vertreter einen Geschäftsherrn berechtigen oder verpflichten, besitzt dazu auch die erforderliche Bevollmächtigung, läßt aber nicht deutlich erkennen, daß er als Vertreter handeln will. Andererseits ist es dem Geschäftsgegner häufig gleichgültig, ob die ihm gegenüberstehende Person oder jemand, der von dieser vertreten wird, Partner des Geschäftes wird. Eine strenge Durchführung des Offenheitsprinzips würde eine der Interessenlage der Geschäftspartner entsprechende Bindung des Vertretenen verhindern. In allen Fällen, in denen im täglichen Leben durch Geschäfts- und Hausangestellte Barkäufe getätigt werden, würde die rechtsgeschäftliche Bindung des Geschäftsherrn nicht eintreten. Hier greift die sogenannte Theorie

(1) Vergl. Schless, a.a.O., S.42.

(2) Vergl. Staudinger-Coing, a.a.O., Vorbem.59 zu § 164 BGB.

(3) Vergl. Staudinger-Coing, a.a.O., Vorbem.59 zu § 164 BGB.

vom Handeln für den, den es angeht, helfend ein (1). Sie geht davon aus, daß es Geschäfte gibt, bei denen die Partner, die miteinander verhandeln, offen lassen, für wen der Vertreter abschließen will und die es ihm ausdrücklich oder stillschweigend überlassen, auf seiner Seite den Vertragspartner zu bestimmen (2). Die Wirkungen des Geschäfts treten dann in der Person desjenigen ein, für den der Vertreter handeln wollte oder den er später bestimmt. Die Lehre vom sogenannten Handeln für den, den es angeht, wurde aus den Geschäften des Handelsverkehrs und der Effektenbörse entwickelt, die sich ausdrücklich eine spätere Angabe des Käufers vorbehalten. Es handelt sich dabei um eine echte Stellvertretung, da die Folgen des abgeschlossenen Rechtsgeschäftes nicht in der Person des Vertreters, sondern in der Person des Vertretenen eintreten. Der Vertretene wird Partner des Geschäfts.

2. Kapitel: Voraussetzungen für die Vertretungsmacht

Zur Abgabe einer Willenserklärung im Namen eines anderen und zum Eintritt der Wirkungen der Erklärung in der Person des Dritten muß dem Stellvertreter Vertretungsmacht zustehen. Diese Vertretungsmacht kann im einzelnen beruhen: auf Gesetz, einer öffentlich-rechtlichen Anordnung, - Hoheitsakt -, oder auf einem Rechtsgeschäft.

Erster Abschnitt: Gesetzliche Vertretungsmacht

Als gesetzlichen Vertreter bezeichnet man die Person, deren Vertretungsmacht auf einer gesetzlichen Vorschrift beruht:

- 1) die Vertreter der geschäftsunfähigen und geschäftsbeschränkten Personen,
 - a) Vater und Mutter, für die minderjährigen Kinder, die ihrer Gewalt unterworfen sind (§§ 1629, 1628 Abs. 2 und 3 BGB).
 - b) der Vormund, für die Minderjährigen, die nicht der elterlichen Gewalt unterworfen sind (§§ 1793, 1773 BGB), sowie für vorläufig und endgültig Entmündigte (§§ 1896, 1897, 1906 BGB).
- 2) die verschiedenen Pfleger (§§ 1909 ff BGB), der den Eltern zugewiesene Beistand (§§ 1685 ff BGB).

(1) Vergl. Staudinger-Coing, a. a. O., Vorbem. 44 zu § 164 BGB.

(2) Vergl. Cohn, Handeln für den, den es angeht, S. 12, 13; Lehmann, Allgemeiner Teil, 9. Aufl., S. 291.

- 3) die Ehefrau in den Grenzen der ihr zustehenden Schlüsselgewalt (§ 1357 BGB),
- 4) die einzelnen Verwalter,
 - a) Konkursverwalter (§ 6 KO),
 - b) Nachlaßverwalter (§ 1981 BGB),
 - c) Zwangsverwalter (§ 152 ZVG),
 - d) Testamentsvollstrecker (§§ 2205 ff BGB).

Dabei bleibt zu berücksichtigen, daß die Vertretungsmacht auf verschiedenen Entstehungsarten beruhen kann. Die Vertretungsmacht der Eltern und der Ehefrau hat ihre Grundlage in der engen verwandtschaftlichen oder ehelichen Bindung. Sie entsteht kraft dieser Bindung ohne weitere Mitwirkung einer Privatperson oder eines Amtes (§§ 1629, 1357 BGB). Die Vertretung des Kindes stellt sich als ein Teil der elterlichen Gewalt dar (§ 1626 BGB). Bei den anderen gesetzlichen Vertretern, dem Vormund, dem Pfleger sowie der Mutter im Fall des § 1628 Abs. 2 und 3 BGB, beruht die Vertretungsmacht nicht auf der engen verwandtschaftlichen Beziehung, sondern auf dem Hoheitsakt der Bestellung oder der Übertragung entsprechender Befugnisse. Mit dieser Bestellung kommt das Recht und die Pflicht zur Stellvertretung zur Wirkung. So wird der Vormund des Minderjährigen, der nicht der elterlichen Gewalt unterworfen ist, erst im Zeitpunkt der Verpflichtung (§ 1789 BGB) mit den Rechten und Pflichten belegt, die ihm die §§ 1793 ff BGB auferlegen. Das gleiche gilt für den Vormund, der über einen vorläufig oder endgültig Entmündigten bestellt wird (vergl. §§ 1896, 1897, 1906 BGB). Auch der Pfleger (der Ergänzungspfleger, Gebrechlichkeitspfleger, Abwesenheitspfleger, Pfleger für eine Leibesfrucht, des unbekannten Beteiligten oder für ein Sammelvermögen) erhält erst mit der Verpflichtung durch das Vormundschaftsgericht die Fähigkeit, den Pflegling zu vertreten (§§ 1915, 1789 BGB). Der den Eltern nach § 1685 BGB beigeordnete Beistand wird, da er wie der Gegenvormund zu behandeln ist, erst mit der Bestellung in die Lage versetzt, für das Kind aufzutreten und es rechtsgeschäftlich zu verpflichten (§ 1789 BGB).

Die einzelnen Verwalter erhalten diese Befugnisse durch Ernennung, Anordnung und Bestellung (§§ 73 KO, 1981 BGB, 150 ZVG).

Nach der sogenannten Amtstheorie (1) werden die Verwalter, soweit sie im

-
- (1) RGZ Bd. 120, S. 192; Bd. 135, S. 305; Bd. 150, S. 190; BGHZ Bd. 12, S. 380; OGHbrZ Bd. 2, S. 8; vergl. Baumbach-Lauterbach, Kommentar zur ZPO, Vorbem. II c vor § 50 ZPO; Stein-Jonas-Schönke, Kommentar zur ZPO, Vorbem. II zu § 50 ZPO.

Rahmen ihrer Befugnisse handeln, nicht als Vertreter einer bestimmten Person, sondern als Organe tätig. Ihre Aufgabe ist es, widerstreitende Interessen in bezug auf Verwaltung und Verwertung einer bestimmten Vermögensmasse auszugleichen. Sie werden als Inhaber eines Amtes angesehen, die im eigenen Namen handeln. Die Rechtsfolgen ihres Handelns treten kraft Gesetzes in der Person des Vertretenen ein.

Die sogenannte Vertretertheorie betont (1), daß auf Grund der Rechtswirkung des Handelns des Verwalters, die sich auf den Vermögensinhaber bezieht, die Verwalter als echte Stellvertreter zu betrachten seien. Im Grunde genommen handelt es sich heute nur noch um einen Formulierungsstreit, wie Lehmann (2) vor allem für den Nachlaßverwalter herausstellt. Auch die Amtstheorie verlangt, daß die Verwalter unter Offenlegung ihrer Verwaltereigenschaft im Rechtsverkehr auftreten. Wenn sie ihre besondere Eigenschaft als Verwalter fremden Vermögens nicht erkennbar werden lassen, werden sie auch nach der Amtstheorie selbst verpflichtet. Im übrigen sind Amtseigenschaft und Vertreterereigenschaft keine Gegensätze (3). Das Gesetz gibt dem Amtsträger Vollmacht, weil sonst sein Amt sinnlos wäre. Die gesetzliche Vertretungsmacht des Amtsträgers ist Ausfluß des Amtes. Ihre Entstehung benötigt keine besonderen, außerhalb des Amtes liegenden Rechtsgründe und orientiert sich in ihrem Umfang am Zweck des Amtes (4).

Zweiter Abschnitt: Rechtsgeschäftliche Vertretungsmacht

In vielen Fällen beruht die Vertretungsmacht auf rechtsgeschäftlicher Erteilung im Rahmen der Privatautonomie des BGB. Aufgrund eines schuldrechtlichen Vertrages wird der Vertreter ermächtigt, den Geschäftsherrn durch Abschluß von Rechtsgeschäften und die Abgabe von Willenserklärungen zu berechtigen oder zu verpflichten. Damit verbunden wird dem Vertreter Vollmacht erteilt, welche die Grundlage für die Bindung des Geschäftsherrn

-
- (1) Vergl. Lehmann, a. a. O., S. 286; Rosenberg, Zivilprozeß, S. 159; Jäger, Kommentar zur KO, Anm. 1 ff zu § 6 KO; Enneccerus-Nipperdey, Allgemeiner Teil des BGB, S. 1105; zu den Theorien Übersicht bei Mentzel-Kühn, Kommentar zur KO, Anm. 9 zu § 6 KO.
 - (2) Vergl. Staudinger-Lehmann, a. a. O., Vorbem. 12 zu § 2197 BGB.
 - (3) Lent, Zwangsvollstreckungs- und Konkursrecht, S. 128;
Beispiel: Vormund § 1885 BGB.
 - (4) Vergl. Bertzel, a. a. O., S. 146.

an die Handlungen des Vertreters darstellt. Die Vollmachtserteilung erfolgt durch einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung und kann mit dem Abschluß des schuldrechtlichen Vertrages zwischen Vollmachtgeber und Vertreter verbunden werden. Damit erklärt der Vollmachtgeber, daß die von dem Bevollmächtigten in seinem Namen abzuschließenden Geschäfte oder zu empfangenden Willenserklärungen unmittelbar für und gegen ihn wirken sollen (1).

Dritter Abschnitt: Form der Erteilung der Vollmacht

Die Vollmachtserteilung ist ein selbständiges Rechtsgeschäft und formfrei (§ 167 Abs.2 BGB), wenn nicht ausnahmsweise eine Form vorgeschrieben ist. Insbesondere benötigt sie nicht die Form, die vom Gesetz für das abzuschließende Rechtsgeschäft vorgeschrieben ist (2). Einen Schutz des Vollmachtgebers übt § 168 Abs.2 BGB aus, wonach die Vollmacht wegen ihrer Abstraktheit jederzeit frei widerrufen werden kann. Die Vollmachtserteilung erfolgt entweder gegenüber dem zu Bevollmächtigenden (interne Vollmacht) oder gegenüber dem Dritten, demgegenüber die Vertretung stattfinden soll (externe Vollmacht; § 167 Abs.2 BGB) oder durch Bekanntmachung an eine bestimmte Personenmehrheit (§ 171 Abs.2 BGB). Die Vollmacht kann ausdrücklich oder stillschweigend erteilt werden. Das Verhalten des Vollmachtgebers muß bei der stillschweigenden Erteilung unter objektiver Bewertung ergeben, daß er den Vertreter durch sein Verhalten bevollmächtigen wollte. Aus dem Verhalten des Vertretenen wird unter Anwendung des Grundsatzes von Treu und Glauben auf eine Willenserklärung geschlossen, die eine Bevollmächtigung enthält.

Vierter Abschnitt: Rechtsscheins- oder Anscheinsvollmacht

Von der stillschweigend erteilten Vollmacht ist die sogenannte Anscheinsvollmacht zu unterscheiden. Die Veranlassung eines Rechtsscheins einer Vollmacht kann die Wirkung einer Vollmachtserteilung haben, ohne daß wirklich eine entsprechende Willenserklärung abgegeben worden ist. Neben den gesetzlichen Vorschriften der §§ 167 und 171 BGB (Mitteilung an den Dritten und öffentliche Bekanntmachung) gilt der allgemeine Grundsatz, daß derjenige, der durch sein Verhalten den Rechtsschein einer Vollmachtserteilung

(1) Vergl. Staudinger-Going, a.a.O., Anm.1 zu § 164 BGB.

(2) Vergl. §§ 1945 Abs.2 BGB, 80 Abs.2 ZPO, 29, 30, 31 GBO, Ausnahme § 16 AktG.

veranlaßt hat, sich von Dritten nach Treu und Glauben so behandeln lassen muß, als ob er tatsächlich Vollmacht erteilt habe (1). Die zur Anscheinsvollmacht entwickelten Rechtsgrundsätze besagen, daß der Vertretene auf den Mangel der Vollmacht seines angeblichen Vertreters, dem er keine ausdrückliche Vollmacht erteilt hat, sich dann nicht berufen kann, wenn er dessen Verhalten zwar nicht kannte, es aber bei pflichtgemäßer Sorgfalt hätte erkennen und verhindern können. Dazu muß der Geschäftsgegner das Verhalten des Vertreters im Rahmen des Grundsatzes von Treu und Glauben und mit Rücksicht auf die Verkehrssitte dahin deuten dürfen, daß es dem Vertretenen bei entsprechender Sorgfalt nicht habe verborgen bleiben können, daß der Vertreter für ihn handele und daß er damit das Verhalten des Vertreters dulde (2).

Im einzelnen wird bei der Anscheinsvollmacht verlangt, daß Anhaltspunkte dafür vorliegen, der Geschäftsgegner als Geschäftsherr habe das Auftreten des Vertreters gekannt. Der Vertreter muß während eines gewissen Zeitraumes für den Geschäftsherrn aufgetreten sein, die Art der Geschäfte, die er abschließt, darf nicht völlig aus dem Rahmen dessen fallen, was er normalerweise als berechtigter Vertreter zu tun befugt wäre. Der Geschäftsherr muß neben der Möglichkeit, das Auftreten des Vertreters zu erkennen, auch in der Lage gewesen sein, es gegenüber dem gutgläubigen Dritten zu verhindern.

Bei der Anscheinsvollmacht kann man nicht von Vertretungsmacht im strengen Sinn sprechen. Mit Rücksicht auf einen gutgläubigen Dritten wird dem Handeln eines Vertreters ohne Vertretungsmacht die Wirkung des Handelns eines berechtigten Vertreters beigelegt. Dem Vertreter steht Vertretungsmacht nicht zu, nach den Grundsätzen von Treu und Glauben treten die Vertretungswirkungen dennoch ein. Es handelt sich also um eine Wirkung, die durch Vertrauen auf ein schlüssiges Verhalten begründet wird (3).

-
- (1) Vergl. Staudinger-Coing, a.a.O., Anm.9 b zu § 167 BGB; RGZ Bd.170, S.284; BGHZ Bd.5, S.116; BGH in NJW 1951, S.309.
 - (2) Vergl. BGH in NJW 1952, S.657; BGH in MDR 1953, S.345; BGH in MDR 1955, S.213; BGH in MDR 1956, S.460; Staudinger-Coing, a.a.O., Anm.9 ff zu § 167 BGB.
 - (3) Vergl. Staudinger-Coing, a.a.O., Anm.9 d zu § 167 BGB.

Fünfter Abschnitt: Duldungsvollmacht

Die sogenannte Duldungsvollmacht beruht auf dem Gedanken, daß der Vertretene das Handeln des Vertreters ohne Vertretungsmacht positiv kennt und damit einverstanden ist. Sein Einverständnis bringt der Vertretene dadurch zum Ausdruck, daß er gegen das ihm bekannte Handeln des Vertreters nichts unternimmt (1). Die Vollmacht kraft Duldung wird wie eine rechtsgeschäftlich erteilte Vollmacht gewertet. Das entspricht der allgemeinen Gleichbewertung der Willensäußerung durch schlüssiges Verhalten mit der ausdrücklichen Willenserklärung. Der Grundsatz der Duldungsvollmacht ist, ausgehend von § 56 HGB, folgendermaßen formuliert worden: Wer im kaufmännischen Verkehr duldet, daß ein anderer ständig nach außen hin als sein Vertreter auftritt oder wer einen anderen in eine Stellung bringt, mit der gewöhnlich die Erteilung einer Vertretungsmacht verbunden zu sein pflegt, der wird aus Rechtsgeschäften dieses anderen auch dann verpflichtet, wenn er ihm in Wahrheit eine Vollmacht nicht erteilt hatte. Man erblickt im Verhalten des Geschäftsherrn eine stillschweigende, auf Bevollmächtigung gerichtete Willenserklärung (2).

3. Kapitel: Abgrenzung der Stellvertretung von anderen Instituten des Bürgerlichen Rechts

Die Abgrenzung, ob jemand als Vertreter zu behandeln ist, läßt sich unter anderem auch nach seinem äußeren Verhalten gegenüber dem Geschäftsgegner beurteilen. Dazu müssen die oben angeführten Grundsätze über die Offenlegung der Stellvertretung als Maßstab angelegt werden. Unter Umständen wird aber auch das Innenverhältnis dafür als entscheidend herangezogen werden müssen, ob eine Stellvertretung vorliegt oder nicht.

Erster Abschnitt: Der Bote

Der Bote unterscheidet sich vom Stellvertreter dadurch, daß er lediglich eine fremde Erklärung überbringt, ohne selbst rechtsgeschäftlich zu handeln (3).

(1) Vergl. BGH in JZ 1955, S. 452; Staudinger-Coing, a. a. O., Anm. 9 e zu § 167 BGB.

(2) Vergl. Krause, Das Schweigen im Rechtsverkehr, S. 25.

(3) Vergl. Hueck, Bote-Stellvertreter, AcP Bd. 152, S. 434.

Ein Teil der Lehrmeinungen stellt bei der rechtlichen Behandlung der Hilfspersonen lediglich auf deren äußeres Auftreten ab, um festzustellen, ob es sich um einen Boten oder um einen Vertreter handelt (1). Andere Meinungen legen entscheidenden Wert auf das Innenverhältnis, das zwischen Geschäftsherrn und Übermittlungsperson besteht. Dabei wird hervorgehoben, daß es darauf ankomme, ob der Mittelsperson Entscheidungsfreiheit gelassen sei oder nicht. Habe sie die Wahl zwischen mehreren Möglichkeiten in der Art ihrer Willensentscheidung, zumindest aber zwischen der Entscheidung, die Erklärung abzugeben oder sie nicht abzugeben, so sei der Betreffende Vertreter, wenn er diese Entscheidungsbefugnis nicht habe, sei er Bote (2). Staudinger-Coing (3) will nicht nur auf die Entscheidungsfreiheit und damit den der Mittelsperson überlassenen Ermessensspielraum abstellen, sondern daneben auch auf die soziale Stellung des Mittlers im Verhältnis zum Geschäftsherrn. Ein Kind von 6 Jahren könne nicht seinen Vater, der Chauffeur nicht den Generaldirektor in geschäftlichen Angelegenheiten vertreten. Die soziale Stellung gibt also einen Hinweis auf die Lösung der Frage, ob jemand Bote oder Stellvertreter ist. Der Bote wird regelmäßig aufgrund einer Weisung im Rahmen eines Arbeits- oder Dienstverhältnisses oder auch einer familienrechtlichen Unterordnung tätig. Bei den durch den Boten abgegebenen Erklärungen kommt es nicht nur auf den Wortlaut, sondern auch auf den Sinn an. Der Vertreter handelt für den Geschäftsherrn, er soll ihn ersetzen. Dabei soll seine Anwesenheit soviel gelten wie die Anwesenheit des Geschäftsherrn selbst. Der Bote ist dagegen nur ein Hilfsmittel, um eine Erklärung zu übermitteln. Er könnte, was beim Vertreter nicht der Fall ist, durch einen technischen Apparat, wie z.B. ein Telefon ersetzt werden (4). Der Geschäftsherr ist bei einer durch einen Boten übermittelten Erklärung an die richtig übermittelte Willenserklärung gebunden. Bei wesentlicher Abweichung bietet sich ihm die Möglichkeit der Anfechtung nach § 120 BGB. Im Gegensatz dazu ist der Geschäftsherr durch die Erklärung des Stellvertreters nur im Rahmen der von ihm erteilten Vertretungsmacht gebunden.

(1) Vergl. Enneccerus-Nipperdey, a.a.O., S.1088; Cohn, Der Empfangsbote, S.5.

(2) Vergl. Staudinger-Rietzler, 10. Aufl., Vorbem.3 zu § 164 BGB; Leonhardt, Allgemeines Schuldrecht, S.299; Hueck, a.a.O., S.440.

(3) Staudinger-Coing, a.a.O., Vorbem.27 zu § 164 BGB.

(4) Vgl. Staudinger-Coing, a.a.O., Vorbem.27 zu § 164 BGB.

Zweiter Abschnitt: Die Ermächtigung

Von der Stellvertretung unterscheidet sich auch die sogenannte Ermächtigung. Die Lehre von der Ermächtigung wird aus § 185 BGB entwickelt. Danach kann der Träger eines Rechts Verfügungen, die ein anderer im eigenen Namen über das betreffende Recht vornimmt, dadurch rechtswirksam werden lassen, daß er seine Einwilligung erteilt. Maßgebend für die Ermächtigung ist die Verfügungsbefugnis als Recht, im eigenen Namen auf einen fremden Rechtskreis durch den Abschluß von Rechtsgeschäften einzuwirken (1). Das Gesamtgeschäft, in dessen Rahmen die Verfügung erfolgt, wirkt für und gegen den Ermächtigenden, ihm kommen die Vorteile zugute, ihn treffen aber auch die Nachteile (2). Die Probleme der Ermächtigung sind neben der sachenrechtlichen Erwerbsermächtigung bei der sogenannten Einziehungsermächtigung von Bedeutung. Die sogenannte Verpflichtungsermächtigung, die Ermächtigung, einen anderen durch rechtsgeschäftliches Handeln im eigenen Namen zu verpflichten, ist nach herrschender Meinung im geltenden Recht nicht möglich(3). Bei der Einziehungsermächtigung erhält der Ermächtigte im Gegensatz zu einer treuhänderischen Übertragung nicht das Gläubigerrecht, sondern nur die Macht, sie im eigenen Namen für den Gläubiger einzuziehen. Die Zulässigkeit der Einziehungsermächtigung ist umstritten, namentlich im Hinblick auf die Verpflichtung des Schuldners, an den Ermächtigten zu leisten. Von der Rechtsprechung ist sie in ständiger Praxis anerkannt worden (4). Im Schrifttum wird die Zulässigkeit der Einziehungsermächtigung angesichts der grundsätzlichen Vertragsfreiheit des Zivilrechts und der Möglichkeit einer Forderungsabtretung ohne Mitwirkung des Schuldners weitgehend bejaht (5).

Dritter Abschnitt: Die gewillkürte Prozeßstandschaft

Auch die gewillkürte Prozeßstandschaft, die Befugnis, über ein fremdes Rechtsverhältnis im eigenen Namen einen Prozeß zu führen, wird aufgrund

- (1) Vergl. Ludewig, Die Ermächtigung, S. 2.
- (2) Vergl. Staudinger-Coing, a. a. O., Vorbem. 63 zu § 164 BGB.
- (3) Vergl. Enneccerus-Nipperdey, a. a. O., S. 1236.
- (4) Vergl. RGZ Bd. 133, S. 241; Bd. 166, S. 238; Bd. 170, S. 191; BGHZ Bd. 4, S. 164.
- (5) Vergl. Enneccerus-Nipperdey, a. a. O., S. 1234; Erman, Handkommentar zum BGB, Anm. 14, 15 zu § 398 BGB; a. A. Palandt, Kommentar zum BGB, Anm. 7 zu § 398; Larenz, Schuldrecht, § 30 IV c.

einer analogen Anwendung des § 185 BGB von der herrschenden Lehre grundsätzlich für zulässig gehalten und scharf von der Stellvertretung getrennt (1). Die Rechtsprechung verlangt allerdings, daß der Ermächtigte, der ein Recht im Prozeß geltend macht, ein eigenes, schutzwürdiges rechtliches Interesse an der Geltendmachung des Rechtes hat (2). Im übrigen ist die Prozeßführungsbefugnis eine Unterart der Einziehungsermächtigung. Es kann also auf das vorher Gesagte verwiesen werden.

Vierter Abschnitt: Der Vertrag zugunsten Dritter

Von der Stellvertretung ist der sogenannte Vertrag zugunsten Dritter zu trennen. Diese Rechtsfigur hat ihre Ausprägung in §§ 328 ff BGB gefunden. Bei der Stellvertretung wird der Geschäftsherr in vollem Umfang Partner der Geschäfte, die der Stellvertreter vorgenommen hat. Er hat sämtliche Vor- und Nachteile des Geschäfts zu tragen (3). Der Vertrag zugunsten Dritter gewährt dem begünstigten Dritten ausschließlich die Vorteile des Geschäfts.

Bei der Stellvertretung wirkt der Geschäftsherr durch die Beauftragung eines Stellvertreters sowie die Vollmachterteilung an ihn indirekt an der Vertragsgestaltung mit. Er steckt damit dem Vertreter den Rahmen für das abzuschließende Rechtsgeschäft. Beim Vertrag zugunsten Dritter sind die Vertragsschließenden nicht an den Umfang einer Vertretungsmacht gebunden, sie handeln vielmehr wie bei jedem sonstigen Vertrag kraft eigenmächtiger Entschlußfreiheit. Der begünstigte Dritte ist am Vertrag nur insoweit beteiligt, als er anspruchsberechtigt wird. Diese Berechtigung beruht auf der eigenartigen Gestaltung des Vertrages, in dem der Versprechende sich verpflichtet, an den Dritten zu leisten. Der Dritte wird aber nicht Vertragspartner, wie er das bei einer Stellvertretung werden würde. Der Vertrag zugunsten Dritter ist also unabhängig von der Stellvertretung.

Fünfter Abschnitt: Der allgemeine Interessenvertreter

Der allgemeine Interessenvertreter nimmt durch seine Tätigkeit die Interessen anderer Personen wahr. Seine Aufgabe besteht nicht in der Abgabe oder

(1) Vergl. Rosenberg, a.a.O., S.188.

(2) Vergl. RGZ Bd.166, S.283; BGHZ Bd.5, S.164.

(3) Vergl. Staudinger-Coing, a.a.O., Vorbem.64 zu § 164 BGB; Cohn, Rechtsgeschäftliches Handeln, S.179; Enneccerus-Nipperdey, a.a.O., S.146.

Entgegennahme von Willenserklärungen, er hat vielmehr eine beratende und unterstützende Funktion. Als Beispiel für solche Interessenvertreter seien die Mieterschutzvereine oder auch die Hausbesitzervereine genannt, die sich auf allen Rechtsgebieten um die Interessen der ihnen angeschlossenen Mitglieder bemühen. Es werden ihnen dazu keine Rechte übertragen, sie handeln lediglich zur Förderung der Interessen und der Rechte ihrer Mitglieder. Sollen sie jedoch beim Erwerb von Rechten oder Pflichten tätig werden, so müssen sie dazu besonders bevollmächtigt werden. Erst dann gelten sie als Vertreter der Personen, die ihnen Vollmacht erteilt haben. Die Tätigkeit der allgemeinen Interessenvertreter birgt so lange keine Probleme der Stellvertretung, als ihnen von ihren Auftraggebern keine besonderen Vollmachten erteilt sind. Im übrigen sind sie nach Erteilung einer Vollmacht den Regeln über die Stellvertretung unterworfen.

4. Kapitel: Wann ist die Stellvertretung ausgeschlossen?

Es bleibt noch die Frage zu prüfen, wann im Bürgerlichen Recht die Stellvertretung nicht zulässig ist. Im allgemeinen kann man die Zulässigkeit der Stellvertretung annehmen, sofern sich nicht aus der Natur des Rechtsgeschäfts, das der Stellvertreter abschließen soll oder aus dem Gesetz ergibt, daß eine Stellvertretung nicht möglich ist.

Der Begriff der unvertretbaren Handlungen läßt sich nicht eindeutig und unbedingt bestimmen. Entscheidend ist die geltende Rechtsordnung und in deren Rahmen die Ansicht der Beteiligten. Die Ansicht der Vertragsparteien ist nur da maßgebend, wo die vertraglich zu gestaltende Materie der Parteidisposition unterliegt. Dazu kommt noch, daß es von Bedeutung ist, ob die Rechtsordnung sich mit der formalen Akterfüllung begnügt, oder ob es auf den Inhalt der Handlung und damit auf eine Vornahme durch den Geschäftsherrn selbst ankommt.

Wenn der Verpflichtete oder Berechtigte sich einen Vertreter bestellt, hält er sich selbst für vertretbar. Ob die Rechtsordnung eine Stellvertretung zuläßt, ist damit noch nicht entschieden (1).

(1) Vergl. Wolff, Theorie der Stellvertretung, S.117.

Erster Abschnitt: Pflicht zu persönlicher Anwesenheit

Die Stellvertretung ist dann unzulässig, wenn persönliche Anwesenheit der Beteiligten vom Gesetz vorgeschrieben ist (1). In diesen Fällen ist auch die Übermittlung einer Willenserklärung durch Boten ausgeschlossen (2). Dagegen ist nicht persönliche Anwesenheit, sondern lediglich gleichzeitige Anwesenheit der Parteien verlangt, wo die urkundliche Form für die Erklärung des Willens erforderlich ist, wie z. B. in § 518 BGB. In diesem Fall ist die Abgabe einer Willenserklärung durch Stellvertreter zulässig.

Zweiter Abschnitt: Wahrnehmung höchstpersönlicher Interessen

Die Stellvertretung ist da ausgeschlossen, wo das Gesetz wegen der höchstpersönlichen Interessen, um deren Wahrnehmung es bei der Abgabe einer bestimmten Willenserklärung geht, die Vertretung ausdrücklich für unmöglich erklärt. Das ist u. a. für das Zivilrecht in §§ 1595, 1728 Abs. 1, 1731, 1748 Abs. 2, 1750 Abs. 1, 2282 Abs. 1, 2296 Abs. 1 BGB geschehen. Die Höchstpersönlichkeit eines Rechts verbietet es, daß eine andere als die berechtigte Person eine Willenserklärung in bezug auf das Recht abgibt.

Dritter Abschnitt: Delikte

Die Regelung des BGB über die Stellvertretung gilt nach § 164 BGB nur für Willenserklärungen. Die deliktsrechtliche Haftung der Hilfspersonen richtet sich nach der Sondervorschrift des § 831 BGB. Diese Ausnahmeregelung macht die allgemeinen Vorschriften der §§ 164 ff BGB unanwendbar.

Das deliktische Verhalten weist im Gegensatz zum Rechtsgeschäft keine normativen Züge auf. Deshalb kann auch nicht von einer Unrechts-Vertretungsmacht die Rede sein (3).

Vierter Abschnitt: Geschäftsähnliche Handlungen und Realakte

Neben den eigentlichen Willenserklärungen gibt es im Zivilrecht sogenannte Rechtshandlungen. Die Rechtshandlungen unterscheiden sich von den Willens-

(1) So in den §§ 2064, 2256 Abs. 2 und 3, 2274, 2284, 2290 Abs. 2 BGB, 13 EheG.

(2) Vergl. Staudinger-Coing, a. a. O., Vorbem. 70 zu § 164 BGB.

(3) Vergl. Müller-Freienfels, Die Vertretung beim Rechtsgeschäft, S. 57.

erklärungen dadurch, daß sie nicht auf eine Herbeiführung von Rechtswirkungen gerichtet sein müssen, daß ihre Wirkung eintritt, nicht weil sie gewollt ist, sondern weil sie durch das Gesetz vorgeschrieben wird (1). Den Rechtshandlungen fehlt die Zweckbestimmung, die der Willenserklärung wesentlich ist. Das Recht nimmt auf den Willen des Handelnden keine Rücksicht.

Die Rechtshandlungen werden unterschieden in geschäftsähnliche Handlungen, bei denen an die Äußerung des Willens eine bestimmte Rechtsfolge geknüpft wird, und in Tathandlungen oder Realakte. Für die geschäftsähnlichen Handlungen ist es gleichgültig, ob der erreichte Zweck gewollt ist oder nicht. Für den Eintritt der Rechtsfolge ist die Äußerung eines Willens maßgebend und genügend. Die geschäftsähnlichen Handlungen führen als Äußerungen eines Willens ebenso wie die Willenserklärungen Rechtswirkungen herbei. Sie werden gewöhnlich in dem Bewußtsein der entstehenden Rechtsfolgen, oft aber auch in der Absicht vorgenommen, die Rechtsfolgen herbeizuführen. Als geschäftsähnliche Handlungen, die auch Randerscheinungen der Rechtsgeschäfte genannt werden (2), sind u. a. zu nennen: die zahlreichen Mitteilungen, Aufforderungen, die Fristsetzung und die Wohnsitzbegründung (3). Da bei den geschäftsähnlichen Handlungen der Wille der Anknüpfungspunkt für das Entstehen der Rechtsfolgen ist, kann bei der Vornahme geschäftsähnlicher Handlungen der Erfolg durch einen Stellvertreter herbeigeführt werden. Der Vertreter ist der Erklärende und Handelnde, die rechtlichen Folgen werden durch die Äußerung seines Willens bewirkt; diese kommen in der Person des Vertretenen zur Entstehung (4).

Unter Realakten sind erlaubte Handlungen zu verstehen, die zunächst einen tatsächlichen, dem Gebiet des Rechts nicht angehörigen Erfolg hervorrufen, die aber nach zwingender Rechtsvorschrift zugleich Rechtswirkungen nach sich ziehen (5). Die Rechtsordnung knüpft eine Rechtsfolge an den tatsäch-

-
- (1) Vergl. Enneccerus-Nipperdey, a. a. O., S. 1266; Staudinger-Coing, Vorbem. 20 b und Anm. 3 a zu § 104 BGB.
 - (2) Vergl. Staudinger-Coing, a. a. O., Einl. 2 i zu § 104 BGB.
 - (3) §§ 7, 108 Abs. 2, 284 Abs. 1, 293, 300 Abs. 2, 386 Abs. 1 BGB; vergl. Soergel, Kommentar zum BGB, Anm. 5 zu § 7 BGB.
 - (4) Vergl. RGZ Bd. 58, S. 347; BGHZ Bd. 7, S. 109; BVerwG in NJW 1959, S. 1053; KG in NJW 1956, S. 264; Staudinger-Coing, a. a. O., Anm. 18 zu § 164 BGB; Soergel, a. a. O., Anm. 3 zu § 164.
 - (5) Vergl. Staudinger-Coing, a. a. O., Einl. 20 a vor § 104 BGB; Enneccerus-Nipperdey, a. a. O., S. 868; §§ 984, 965, 946 ff, 864 BGB.

lichen Erfolg der Handlung. Die Realakte sind in ihrem Wesen von der Willenserklärung verschieden. Außer der erreichten Rechtsfolge, die kraft Gesetzes von der Tathandlung herbeigeführt wird, liegt keine Ähnlichkeit der Rechtsgebilde vor, die eine Anwendung der Vorschriften über die Willenserklärungen und damit auch über die Stellvertretung zuließen. Sie sind daher auch nicht, wie die geschäftsähnlichen Handlungen, nach der Analogie der Willenserklärungen zu behandeln (1).

5. Kapitel: Die Problematik der Stellvertretung ohne Vertretungsmacht, - bei Verträgen und einseitigen Rechtsgeschäften

Die Wirkung der direkten Stellvertretung, die Bindung des Geschäftsherrn an das durch den Stellvertreter abgeschlossene Rechtsgeschäft, tritt nach § 164 BGB nur ein, wenn der Vertreter innerhalb der ihm zustehenden Vertretungsmacht handelt. Handelt der Vertreter im Namen des Vertretenen, aber ohne Vertretungsmacht, oder überschreitet er mit dem Abschluß eines Geschäftes seine Vertretungsmacht, treten verschiedene Wirkungen ein, je nachdem, ob es sich um Verträge oder einseitige Rechtsgeschäfte handelt.

Die Überschreitung der erteilten Vollmacht führt keine Zurechnung herbei, die angestrebte Rechtsfolge unterbleibt infolge des rechtlichen Nichtkönnens des Vertreters, solange keine Genehmigung des Geschäftsherrn vorliegt (2). Bei Verträgen ist die Wirksamkeit des Vertrages, den der Vertreter ohne Vertretungsmacht abgeschlossen hat, gegenüber dem Vertretenen in der Schwebe und ist von dessen Genehmigung abhängig (§ 177 Abs. 1 BGB).

Es kommt nicht darauf an, ob der Vertreter oder der Vertragsgegner vom Nichtvorhandensein oder der Überschreitung der Vertretungsmacht Kenntnis hatte. Genehmigt der Vertretene, so gilt der Vertrag als von Anfang an wirksam (§ 184 BGB). Bis zur Entscheidung des Vertretenen sind die Vertragsschließenden an ihre Willenserklärungen gebunden, wenn der Geschäftsgegner den Mangel der Vertretungsmacht bei Vertragsabschluß gekannt hat (§ 178 BGB). Der Vertragsgegner kann den Schwebezustand dadurch beenden, daß er den Vertretenen zu einer Erklärung über die Genehmigung auf-

(1) Vergl. v. Tuhr, Allgemeiner Teil, S. 361; Enneccerus-Nipperdey, a.a.O., S. 1269.

(2) Vergl. Müller-Freienfels, a.a.O., S. 45.

fordert oder seinerseits den Vertrag widerruft. Nach § 179 BGB haftet der Vertreter für die Wahrheit seiner ausgesprochenen oder stillschweigenden Behauptung, Vertreter eines anderen zu sein, wenn der Vertretene die Handlungsweise des Vertreters ohne Vertretungsmacht nicht billigt (1). Der Vertreter ist dann zur Erfüllung oder zum Schadensersatz verpflichtet. Kann er seine Vertretungsmacht nicht nachweisen oder wird die Genehmigung durch den Vertreter verweigert, tritt er kraft Gesetzes an die Stelle des Vertretenen.

Die Vertretung ohne Vertretungsmacht bei einseitigen Rechtsgeschäften ist unzulässig (§ 180 Satz 1 BGB). Die Genehmigung des ungerufenen Vertreterhandelns nach §§ 177 Abs. 1, 185 BGB ist ausgeschlossen. Beanstandet der Geschäftsgegner bei einem einseitigen Rechtsgeschäft die behauptete Vertretungsmacht nicht oder ist er mit der Handlung des Vertreters ohne Vertretungsmacht einverstanden, so ist eine Genehmigung nach §§ 177 Abs. 1, 185 BGB möglich (§ 180 Satz 2 BGB). Dies gilt nicht nur, wenn der Vertreter ohne Vertretungsmacht eine Handlung oder eine Willenserklärung vorzunehmen hat, sondern auch, wenn ihm gegenüber ein einseitiges Rechtsgeschäft vorgenommen werden soll (§ 180 Satz 2 und 3 BGB). Die Wirksamkeit des Rechtsgeschäftes ist dann von der Genehmigung desjenigen abhängig, in dessen Namen gehandelt wurde. Bei der Vertretung ohne Vertretungsmacht läßt der Vertretene durch seine Genehmigung das bis dahin schwebend unwirksame Rechtsgeschäft durch seine Willenserklärung wirksam werden. Es hat ihm gegenüber die gleiche Wirkung, wie wenn er dem Vertreter bereits vor dem Abschluß des Rechtsgeschäftes Vollmacht erteilt hätte (§ 184 BGB).

6. Kapitel: Das Handeln unter fremdem Namen, insbesondere die Vollmachterteilung unter fremdem Namen

Vom unbefugten Handeln in fremdem Namen ist das Handeln unter fremdem Namen zu unterscheiden. Wer sich für einen anderen ausgibt, ist kein Stellvertreter, da er nicht im Namen eines anderen seinen Willen mit Wirkung auf den Namensträger erklärt. Es handelt sich hierbei um die Fälle, in denen jemand mit einem anderen ein Rechtsgeschäft abschließt, und der andere aufgrund des Auftretens des Kontrahenten glaubt, er habe eine dritte Person vor sich, oder er bindet sich vertraglich mit einem bestimmten Namensträger. Dieser Eindruck kann dadurch entstehen, daß jemand sich unter einem fal-

(1) Vergl. Staudinger-Coing, a. a. O., Anm. 3 zu § 179 BGB.

schen Namen vorstellt, bei einem Telefongespräch unter falschem Namen Erklärungen abgibt, hinsichtlich des Namens eine falsche Unterschrift leistet oder aber sich von einem anderen unter falschem Namen vorstellen läßt. Dabei entsteht die Frage, ob der Handelnde selbst aus diesem Verhalten verpflichtet wird oder ob er als Vertreter ohne Vertretungsmacht nach § 179 BGB haftet oder ob der Träger des Namens die Möglichkeit hat, das Handeln des Vertreters ohne Vertretungsmacht zu genehmigen und sich dadurch zu verpflichten (1).

Für die Wirkung des Handelns unter fremdem Namen kommt es weder auf die Absicht der Identitätstäuschung an noch auf den Willen des Handelnden oder seine Interessenlage. Entscheidend ist, wie der Geschäftsgegner des in fremdem Namen Handelnden dessen Erklärung auffassen mußte (2). Danach muß beurteilt werden, ob ein wirksames Eigengeschäft des unter fremdem Namen Handelnden zustandegekommen ist, oder ob ein unwirksames Geschäft vorliegt, das derjenige, in dessen Namen gehandelt wurde, durch Genehmigung verbindlich machen kann. Aus dem Erklärungsinhalt ist dann ein Eigengeschäft des Handelnden zu entnehmen, wenn bei dem Geschäftsgegner keine falschen Identitätsvorstellungen erweckt worden sind (3). Im übrigen ist nach den Grundsätzen der Stellvertretung zu verfahren.

Gewöhnlich wird bei Rechtsgeschäften unter Anwesenden die Vertragspartei durch ihre körperliche Anwesenheit bei Vertragsschluß bestimmt und dem Gegner bekannt. Aber auch unter Abwesenden kommt das Geschäft unter den tatsächlich Handelnden zustande, wenn dem Geschäftsgegner der Name des Handelnden gleichgültig ist, sich an dessen Namen also keine bestimmten Identitätsvorstellungen knüpfen (4).

Legt sich aber jemand einen falschen Namen bei, um über seine Person zu täuschen, so wird er dann nicht Vertragspartner, wenn der Geschäftsgegner ihn für einen anderen hält (5). Die von ihm abgegebenen Erklärungen beziehen sich dann auf eine andere Person, nämlich auf denjenigen, als der er sich vorgestellt hat oder als der er, aus den Umständen seines Handelns

(1) Vergl. Staudinger-Coing, a.a.O., Anm.5 zu § 179 BGB.

(2) Vergl. Ohr, Zur Problematik des Handelns unter fremdem Namen, AcP Bd.152, S.223.

(3) Vergl. Enneccerus-Nipperdey, a.a.O., S.1127.

(4) Vergl. RGZ Bd.95, S.188.

(5) Vergl. Enneccerus-Nipperdey, a.a.O., S.1128.

erkennbar, gelten soll. Ist dem Geschäftsgegner der Namensträger unbekannt und will er ohne Rücksicht auf den Namen mit dem Handelnden, dessen Namen er ebenfalls nicht kennt, ein Rechtsgeschäft abschließen, wird durch den Gebrauch des falschen Namens keine falsche Identitätsvorstellung hervorgerufen. Es liegt dann kein Fall der Stellvertretung vor, das Geschäft wirkt nur zwischen dem Handelnden und dem Geschäftsgegner. Kennt er dagegen den gebrauchten Namen und legt auf die Person des Namensträgers Wert, dann erweckt der Handelnde den Eindruck, er sei der Namensträger und läßt so einen Irrtum entstehen. Das Geschäft ist dann als im Namen des Namenssträgers abgeschlossen zu behandeln. Der wahre Namensträger kann unter analoger Anwendung des § 177 BGB das Geschäft genehmigen. Bei Ablehnung der Genehmigung haftet der Handelnde analog § 179 BGB (1).

So kann auch die Frage gelöst werden, wie eine Vollmachtserteilung unter dem Namen eines anderen zu behandeln ist, und welche Wirkungen daraus folgen. Bei der Erteilung einer Vollmacht unter falschem Namen kommt es für die Wirkung der Geschäfte, die der Bevollmächtigte abschließt, darauf an, wie der Vertreter die Erteilung der Vollmacht nach allgemeinen Auslegungsregeln auffassen durfte und mußte. Dabei bleibt zu berücksichtigen, daß die Erteilung einer Vollmacht eine engere persönliche Bindung schafft, als sie der Abschluß eines alltäglichen Kaufvertrages mit sich bringt. Daher sind daran strengere Maßstäbe zu legen. Die Wirkungen des durch den Vertreter abgeschlossenen Rechtsgeschäfts treffen dann den unter fremdem Namen Bevollmächtigenden, wenn dem Vertreter nach dem Inhalt des von ihm vorzunehmenden Geschäfts gleichgültig sein kann, für wen er als Vertreter auftreten sollte. Diese Wirkung tritt aber nur ein, wenn er den Träger des Namens nicht persönlich kannte und der Name für ihn nicht von besonderer Bedeutung war. War demjenigen, dem die Vollmacht unter falschem Namen erteilt worden war, der Namensträger bekannt, dann hängt die Wirkung der Geschäfte, die er für diesen Namensträger abschließt, von dessen Genehmigung ab. Bei Verweigerung der Genehmigung haftet derjenige, der die Vollmacht unter falschem Namen erteilt hat, dem Geschäftsgegner nach § 179 BGB in Verbindung mit § 164 BGB. Das Handeln des Bevollmächtigten wirkt dann so, als habe derjenige gehandelt, der die Vollmacht unter falschem Namen erteilt hat.

(1) Vergl. RGZ Bd.145, S.87; BGH in JZ 1951, S.783.

ZWEITER TEIL:

Die Stellvertretung im Verwaltungsrecht

1. Kapitel: Der Begriff der Stellvertretung im Verwaltungsrecht, insbesondere die gesetzlichen Vertreter

Nach der Darstellung der grundsätzlichen Lehren des Zivilrechts über die Stellvertretung soll untersucht werden, inwieweit diese Grundsätze im Verwaltungsrecht angewendet werden können. Dabei muß auf die grundsätzliche Verschiedenheit des Verwaltungsrechts vom Zivilrecht geachtet werden.

Der entscheidende Unterschied ist nach Ule (1) darin zu erblicken, daß die Rechtssätze des öffentlichen Rechts nicht jedermann berechtigen oder verpflichten, sondern notwendigerweise nur den Staat oder andere Träger öffentlicher Gewalt oder ihre Organe.

Wolff (2) unterscheidet zwischen öffentlichem und privatem Recht nach der Verschiedenheit der die jeweilige Rechtsordnung bildenden Rechtssätze in einer Verschiedenheit der Zuordnungsobjekte dieser Rechtssätze. Giacometti (3) sieht das Problem der Grenzziehung zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht und damit der Bestimmung des Begriffs des öffentlichen Rechts als eine Frage des Rechtsinhaltes an, der jeweils von der Rechtsauffassung der Zeit geprägt werde (4). Das Einteilungskriterium könne deswegen im Zweck des Rechtssatzes, im Adressaten der Norm und in der Art der Sanktion der Übertretung usw. gesehen werden. Der Rechtswirklichkeit im Rechtsstaat kommt nach Giacometti (5) die Auffassung am nächsten, die die öffentlich-rechtliche Natur der Rechtsnorm darin erblickt, daß diese Norm Adressaten besitzt, denen sie Staatsgewalt nach außen überträgt, Privatpersonen Befehle zu erteilen und Befehle zwangsweise durchzusetzen.

Materielles Verwaltungsrecht bilden daher diejenigen Rechtssätze, welche die Beziehungen zwischen verwaltenden Hoheitsträgern und Privaten oder zwischen verwaltenden Hoheitsträgern normieren, also die bei jeder mate-

-
- (1) Vergl. Ule, Verwaltungsprozeßrecht, § 8 II.
 - (2) Vergl. a.a.O., § 22 II.
 - (3) Vergl. a.a.O., S.96.
 - (4) Vergl. a.a.O., S.95-96.
 - (5) Vergl. a.a.O., S.97.

riellen Rechtsanwendung, die durch Hohheitsträger erfolgt und die nicht Zivil-, Verfassungs- oder Strafgerichtsbarkeit darstellt, maßgebend sind.

Das materielle öffentliche Recht nimmt in erster Linie öffentliche Interessen wahr, während das Zivilrecht in der Hauptsache Individualinteressen schützt. Schutzobjekt des öffentlichen Interesses und des öffentlichen Rechts sind im Rechtsstaat immer Privatinteressen. Da der Rechtsstaat primär dem Schutz des einzelnen dient und das Privatrecht mittelbar auch öffentliche Interessen wahrt, stehen Individualinteressen und öffentliche Interessen in Wechselwirkung zueinander (1).

Diese Interessen können jeweils voneinander Rücksicht verlangen, wie es der Vollzug der rechtsstaatlichen Ordnung erfordert. So kann es dazu kommen, daß die öffentlichen Interessen eine Unterwerfung der Privatinteressen verlangen und die Verwaltung hoheitlich tätig werden muß. Ebenso ist auch möglich, daß die öffentlichen Interessen auf die durch den Rechtsstaat geschützten Interessen des einzelnen achten und die vom Staat zu ergreifenden Maßnahmen diese Privatinteressen berücksichtigen müssen.

Für die folgende Betrachtung sollen die Fragen maßgeblich sein, die dadurch auftreten können, daß ein Privatmann gegenüber einer Verwaltungsbehörde vertreten wird. Nicht untersucht werden sollen dagegen die Fragen, welche durch die Organisation und Vertretung der staatlichen, kommunalen oder sonstigen öffentlich-rechtlichen Verbände aufgeworfen werden.

Die Anlässe für eine Stellvertretung sind im Verwaltungsrecht die gleichen, wie sie für das Zivilrecht dargestellt wurden (2). Auch im Rahmen des Verwaltungsrechts kann es dem einzelnen Bürger erwünscht sein, sich durch die Bestellung eines Stellvertreters zu entlasten, der für den Geschäftsherrn tätig wird und die Rechtsfolgen seines Handelns mit Hilfe der Vertretungsmacht dem Geschäftsherrn zuordnet. Das Verwaltungsrecht mit seiner Fülle von gesetzlichen Vorschriften bietet in verschiedenen Normen Anhaltspunkte, an denen ein System der Stellvertretung entwickelt werden kann. Es soll zunächst untersucht werden, in welchem Sinn das Verwaltungsrecht den Begriff des Stellvertreters in den Vorschriften versteht, in denen von Stellvertretung die Rede ist.

(1) Vergl. Giacometti, a.a.O., S.100.

(2) Vergl. Giacometti, a.a.O., S.330.

1. In verschiedenen Gesetzen, die die Ausübung eines Gewerbes, Handwerks oder Berufes regeln und an die Zulassung bestimmte Voraussetzungen knüpfen, werden die Anforderungen umschrieben, die an einen Stellvertreter gestellt werden. Zur Ausübung des durch das jeweilige Gesetz zu erteilenden Rechts bedarf es einer besonderen Genehmigung für den Träger des Rechts. Mit der Genehmigung durch die zuständige Behörde wird dem Inhaber des Betriebes eine an seine Person gebundene Erlaubnis erteilt. Die Ausübung dieses Rechts durch einen anderen als denjenigen, dem die Erlaubnis erteilt wurde, würde der Bindung der Erlaubnis an eine bestimmte Person widersprechen.

In verschiedenen Normierungen, die die Erlaubnis der Ausübung eines bestimmten Berufes regeln, wird aus Billigkeitsgründen (1) für den Verhinderungsfall des Inhabers die Möglichkeit geschaffen, die erteilten Rechte durch einen Stellvertreter wahrnehmen zu lassen. In anderen Gesetzen ist vorgeschrieben, daß der überlebende Ehegatte oder der minderjährige Erbe die Möglichkeit haben sollen, die Rechte, die dem verstorbenen Erlaubnisträger zustanden, durch einen Stellvertreter ausüben zu lassen (2) oder das Gewerbe selbst fortzuführen (3), um sich mit der Weiterführung des Betriebes ihren Lebensunterhalt zu sichern. In den Fällen, in denen das Gesetz die Geschäftsfortführung durch Stellvertreter ermöglicht, muß der Stellvertreter nicht nur tauglich sein, er muß auch die Voraussetzungen erfüllen, die die Genehmigungsbehörde bei seinem eigenen Erlaubnisantrag von ihm verlangen würde (4). Darüber hinaus schreiben verschiedene Gesetze eine besondere Genehmigung für die Fortführung eines Betriebes durch einen Stellvertreter vor (5). Die Regelungen über die Stellvertretung in diesen Vorschriften hängen eng damit zusammen, daß das jeweilige Gesetz von den Befugnissen zum Betrieb bestimmter Unternehmungen handelt und die Erlaubnis an den Inhaber des Betriebes bindet. Im Zusammenhang mit den persönlichen Anforderungen an den Inhaber des Unternehmens sollen die Regelungen über die Stellvertretung und die Fähigkeiten des Stellvertreters verhindern, daß auf dem Umweg über eine Stellvertretung eine Person den Geschäftsbetrieb

(1) Vergl. Jellinek, Lehrbuch, S. 212.

(2) Vergl. § 46 GewO; § 6 Abs. 3 Nr. 2 GaststG; § 15 Abs. 2 MilchG.

(3) Vergl. § 4 Abs. 2 HandwO; § 6 EinzHG; § 19 GüKG; § 8 FahrLVO.

(4) Vergl. § 4 Abs. 3 HandwO; § 47 GewO; § 6 Abs. 2 GaststG; § 15 Abs. 3 MilchG; § 8 FahrLVO.

(5) Vergl. § 6 Abs. 1 GaststG; § 15 Abs. 1 MilchG; § 4 FleischbeschauG; § 9 Abs. 3 G über Auswanderungswesen.

tatsächlich ausübt, bei der die persönlichen Fähigkeiten, die vom Inhaber des Betriebes verlangt werden, nicht gegeben sind. Diese Vorschriften, die eine gesonderte Stellvertretererlaubnis verlangen, werfen die Frage auf, wie zu entscheiden ist, wenn die Bestimmung eines Spezialgesetzes im Gegensatz zu § 46 GewO für den Betrieb eines Gewerbes durch einen Stellvertreter eine besondere Stellvertretererlaubnis verlangt.

§ 46 GewO gilt als generelle Norm des Gewerberechts auch in Stellvertretungsfällen der speziellen gewerberechtlichen Gesetze, mit der Einschränkung, daß die speziellere, entgegenstehende Norm die allgemeine der Gewerbeordnung verdrängt. Insoweit bezieht sich § 46 GewO auch auf die übrigen gewerberechtlichen Gesetze.

Im Fall des Todes eines Gewerbetreibenden schreibt § 46 durch Bezugnahme auf § 45 GewO vor, daß der Stellvertreter den Erfordernissen des Gewerbes genügen müsse. Zur Ausübung des Gaststättengewerbes ist er nach § 6 Abs. 1 GaststG nur berechtigt, wenn er eine Erlaubnis nach § 6 Abs. 2 GaststG besitzt. Damit ist ausgedrückt, daß die Frage, ob der Stellvertreter eine besondere Erlaubnis braucht, nicht allgemein nach der Gewerbeordnung, sondern über § 45 GewO nur durch die speziellen gewerberechtlichen Vorschriften entschieden werden kann.

Der überlebende Ehegatte bedarf gerade wegen des "Witwenprivilegs" keiner neuen Inhaberlaubnis (1). Will er das Gewerbe aber weiter ausüben ohne die persönlichen Voraussetzungen, die an den Inhaber gestellt werden, zu erfüllen, müssen nach § 46 GewO die persönlichen Voraussetzungen wenigstens in der Person eines Stellvertreters vorliegen (2).

Daneben wird bei einigen dieser berufsregelnden Vorschriften das angeführte sogenannte Witwenprivileg gewährt. In diesen gesetzlichen Regelungen sieht das Verwaltungsrecht denjenigen als Stellvertreter an, der in der Ausübung eines bestimmten Betriebes an die Stelle des Geschäftsinhabers tritt, dem die ursprüngliche Genehmigung erteilt worden war. Der Stellvertreter handelt in Ausübung des Gewerbes nicht für sich, sondern im Interesse des ursprünglichen Rechtsträgers, dessen überlebenden Ehegatten oder minderjährigen Erben.

(1) Vergl. Schulz-Schaeffer, Witwenprivileg und Stellvertretererlaubnis nach § 46 GewO. in: MDR 1961, S. 379.

(2) Vergl. Schulz-Schaeffer, a. a. O.

Stellvertretung bedeutet in diesen Fällen die Weiterführung des Geschäfts auf Rechnung des Geschäftsinhabers. Diese Gruppe von verwaltungsrechtlichen Normierungen benutzt den Begriff der Stellvertretung, ohne festzulegen, wann eine Stellvertretung vorliegt oder welche Voraussetzungen bei der Stellvertretung und ihrer Wirksamkeit gegenüber dem Geschäftsinhaber gegeben sein müssen, oder wie es zu einer Stellvertretung kommen kann.

2. Eine andere Gruppe verwaltungsrechtlicher Vorschriften bestimmt, wann der gesetzliche Vertreter eines Geschäftsunfähigen oder einer beschränkt geschäftsfähigen Person für diese aufzutreten hat. In diesen Vorschriften wird nicht erläutert, wen das Verwaltungsrecht als den gesetzlichen Vertreter einer Person ansieht. Diese Bestimmungen, die dem gesetzlichen Vertreter verwaltungsrechtliche Pflichten auferlegen, haben zur Voraussetzung, daß auch das Verwaltungsrecht die gesetzliche Stellvertretung für nötig hält und sie als gegeben betrachtet.

Das Zivilrecht geht von der Notwendigkeit der gesetzlichen Stellvertretung bei bestimmten Personen aus, die psychisch und unter Umständen physisch nicht in der Lage sind, sich interesselgemäß zu vertreten und bestimmt, daß diese nicht geschäftsfähigen Personen nicht rechtswirksam handeln können. Da sie aber als Menschen am Leben teilnehmen, müssen sie anderweitig vertreten werden. Dies wird durch die gesetzlichen Vertreter bewirkt. Deshalb kann die gesetzliche Stellvertretung in ihrer Anwendung nicht auf das Zivilrecht beschränkt bleiben (1). Auch wenn bei der Normierung der bürgerlich-rechtlichen Vorschriften über die Stellvertretung nicht an eine Übertragung in das Verwaltungsrecht gedacht war, kann doch das Verwaltungsrecht in der Frage der notwendigen Stellvertretung keinen anderen Standpunkt einnehmen, als ihn das BGB für das Zivilrecht vorschreibt (2). Das Verwaltungsrecht hat von einer besonderen Regelung der Fragen der Geschäftsfähigkeit abgesehen. Das deutet darauf hin, daß im Rahmen des Verwaltungsrecht auf die gesetzlichen Regelungen des bürgerlichen Rechts zurückgegriffen werden kann. Auch wird die Auffassung vertreten, daß gleichlautenden Begriffen im Verwaltungsrecht dieselbe Bedeutung beizumessen sei wie im Zivilrecht (3). Die zeitliche Priorität des Auftretens eines Begriffes im Privatrecht läßt nicht auf eine ihm innewohnende Bindung an die Grenzen

(1) Vergl. Giacometti, a. a. O., S. 331.

(2) Vergl. Woischke, Stellvertretung, S. 23.

(3) Vergl. Peters, Lehrbuch, S. 156.

des Privatrechts schließen (1). Die Notwendigkeit der Vertretung eines Geschäftsunfähigen oder einer beschränkt geschäftsfähigen Person findet sich naturgemäß auch im Verwaltungsrecht (2): Die mangelnde Geschäftsfähigkeit beseitigt nicht die Möglichkeit, Träger öffentlich-rechtlicher Rechte oder Pflichten zu sein. Das Verwaltungsrecht kennt Fälle, in denen ein Nichtvollgeschäftsfähiger für die Erledigung bestimmter Aufgaben Sorge tragen muß. Da er das infolge mangelnder Geschäftsfähigkeit nicht rechtserheblich tun kann, muß hier für ihn der gesetzliche Vertreter einspringen. Es entspricht nicht nur einem praktischen Bedürfnis, den gesetzlichen Vertreter des Zivilrechts auch als gesetzlichen Vertreter im Rahmen des Verwaltungsrechts anzusehen, sondern auch der Achtung und Bindung der verschiedenen Rechtsgebiete und Lebenskreise an die feststehenden Tatsachen der anderen. Wenn es im Zivilrecht Aufgabe des gesetzlichen Vertreters ist, das Wohl und das Vermögen des ihm Anvertrauten zu fördern, muß damit auch eine Ausdehnung auf alle entsprechenden Obliegenheiten des Verwaltungsrechts angenommen werden. Es entspricht nämlich den rechtlichen wie den praktischen Gegebenheiten, den Personen, die gesetzliche Vertreter eines anderen nach bürgerlichem Recht sind, auch in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten Vertretungsmacht zuzugestehen und sie damit auch zum Handeln zwingen zu können. Durch die Normierungen des Verwaltungsrechts, nach denen einen gesetzlichen Vertreter bestimmte Berechtigungen oder Verpflichtungen treffen, soll derjenige zum Handeln bewegt werden, der nach dem BGB als gesetzlicher Vertreter anzusehen ist. Damit werden nicht die Vorschriften des BGB über die gesetzliche Stellvertretung im Verwaltungsrecht angewendet, vielmehr ist die Frage, ob eine gesetzliche Stellvertretung nötig ist und wer als gesetzlicher Vertreter zu behandeln ist, als zivilrechtliche Vorfrage zu entscheiden.

3. Aus den verwaltungsrechtlichen Vorschriften, die eine Regelung der Stellvertretung enthalten, ist eine dritte Gruppe abzugrenzen, die eine gewillkürte Stellvertretung als Anknüpfungspunkt für Rechte oder Verpflichtungen annehmen. In diesen Fällen geht das Gesetz davon aus, daß bestimmte Personen durch einen Stellvertreter vertreten werden können. Im Unterschied zu der ersten Gruppe werden hier nicht die Stellvertreter angeführt, die in einer bestimmten Berufssparte für einen anderen ein Geschäft betreiben, vielmehr gehen diese Vorschriften allgemein davon aus, daß sich jemand eines Vertreters
-

(1) Vergl. Fleiner, Rektoratsrede, S. 23.

(2) Vergl. Fortshoff, Lehrbuch, S. 168.

bedient, ohne daß es auf den Betrieb eines Gewerbes ankommt. Unter welchen Voraussetzungen eine Stellvertretung zustandekommt und welche Grundsätze dabei zu beachten sind, wird von den verwaltungsrechtlichen Normierungen nicht erwähnt.

2. Kapitel: Gesetzliche Vorschriften des Verwaltungsrechts, in denen die Stellvertretung erwähnt ist

Aus dem Vorstehenden ergibt sich eine Gliederung der verwaltungsrechtlichen Vorschriften, die eine Stellvertretung vorsehen, in drei Gruppen. Die Aufzählung erfolgt demgemäß in Gruppe A, B und C. Spätere Änderungen der Gesetze sind nur vermerkt, wenn sie die hier zitierte Vorschrift betreffen.
GRUPPE A:

- 1) Gewerbeordnung für das Deutsche Reich vom 21.6.1869 i.d.F. der Bekanntmachung vom 26.7.1900, RGBl. S.871, zuletzt geändert durch das Änderungsgesetz vom 5.2.1960, BGBl. I, S.61:

§ 45: Die Befugnisse zum stehenden Gewerbebetrieb können durch Stellvertreter ausgeübt werden. Diese müssen jedoch den für das in Rede stehende Gewerbe insbesondere vorgeschriebenen Erfordernissen genügen.

§ 46 Abs.1:

Nach dem Tode eines Gewerbetreibenden darf das Gewerbe für Rechnung des überlebenden Ehegatten durch einen nach § 45 qualifizierten Bewerber betrieben werden, insofern die über den Betrieb einzelner Gewerbe bestehenden Vorschriften nicht etwas anderes bestimmen.

Abs.2: Das gleiche gilt für minderjährige Erben während der Minderjährigkeit, sowie bis zur Dauer von 10 Jahren nach dem Erbfall für den Nachlaßverwalter, Nachlaßpfleger oder Testamentsvollstrecker.

Abs.3: Die zuständige Behörde kann in den Fällen der Absätze 1 und 2 gestatten, daß das Gewerbe bis zur Dauer eines Jahres nach dem Tode des Gewerbetreibenden auch ohne einen nach § 45 befähigten Stellvertreter betrieben wird.

§ 47:

Inwiefern für die nach §§ 34, 34a und 36 konzessionierten oder angestellten Personen eine Stellvertretung zulässig ist, hat in jedem einzelnen Falle die Behörde zu bestimmen, welcher die Konzessionierung oder Ausstellung zusteht.

- 2) Gesetz zur Ordnung des Handwerks vom 17.3.1953, BGBl. I, S. 1411:
§ 4: Nach dem Tode eines selbständigen Handwerkers darf der Ehegatte den Betrieb fortführen.
Abs. 2: Das gleiche gilt für die minderjährigen Erben während der Minderjährigkeit, sowie für den Nachlaßverwalter, Nachlaßpfleger oder Testamentsvollstrecker für die Dauer des Amtes.
Abs. 3: Nach Ablauf eines Jahres seit dem Tode des selbständigen Handwerkers ist die Fortführung des Betriebes gemäß Abs. 1 und 2 nur dann gestattet, wenn er von einem Handwerker geleitet ist, der den Voraussetzungen des § 7 Abs. 1 oder 2 genügt.
- 3) Gaststättengesetz vom 28.4.1930, RGBl. I, S. 146.
§ 6 Abs. 1:
Die Ausübung der in § 1 Abs. 1 bezeichneten Gewerbe durch einen Stellvertreter ist nur mit besonderer Erlaubnis der für die Erteilung der Erlaubnis zum Gewerbebetrieb zuständigen Behörde gestattet.
Abs. 2: Die Erlaubnis wird für einen bestimmten Stellvertreter erteilt. Die Vorschriften des § 2 Abs. 1 Ziff. 1 u. 2 und des § 4 gelten entsprechend.
Abs. 3: Die Stellvertretungserlaubnis ist natürlichen Personen zu erteilen, wenn
1.) nach Erteilung der Erlaubnis zum Betrieb des Gewerbes Umstände eingetreten sind, die den Inhaber hindern, das Gewerbe persönlich auszuüben, insbesondere wenn er in der Verfügung über sein Vermögen beschränkt worden ist,
2.) der Betrieb nach dem Ableben des Inhabers für seine Witwe (1) während ihres Witwenstandes oder für seine minderjährigen Erben oder bis zur Beendigung einer Nachlaßauseinandersetzung fortgeführt werden soll.
Sie ist zu versagen, wenn diese Voraussetzungen nicht vorliegen.
Abs. 4: Juristische Personen und nicht rechtsfähige Vereine bedürfen einer stellvertretenden Erlaubnis gemäß Abs. 1 nur, wenn sie den Betrieb durch andere Personen als die Antragsteller (§ 2 Abs. 2) führen.
- 4) Milchgesetz vom 31.7.1930, RGBl. I, 1930, S. 421.
§ 15 Abs. 1:
Sollen die Befugnisse zum Betrieb eines Unternehmens, das nach § 14 der Erlaubnis bedarf, durch einen Stellvertreter ausgeübt werden, so
-
- (1) Gem. Art. 3 Abs. 2 des GG gilt das Witwenprivileg nunmehr auch für den überlebenden Ehemann. Vergl. § 46 Abs. 1 GewO.

ist hierzu eine besondere Erlaubnis (Stellvertreter-Erlaubnis) der zuständigen Behörde erforderlich.

Abs.2: Die Stellvertreter-Erlaubnis ist natürlichen Personen zu erteilen, wenn

- 1.) nach Erteilung der Erlaubnis Umstände eingetreten sind, die den Inhaber hindern, das Unternehmen persönlich zu betreiben, insbesondere wenn er in der Verfügung über sein Vermögen beschränkt worden ist,
- 2.) das Unternehmen nach dem Ableben des Inhabers für seine Witwe während ihres Witwenstandes oder für seine minderjährigen Erben oder bis zur Beendigung einer Nachlaßauseinandersetzung fortgeführt werden soll.

Abs.3: Die Erlaubnis wird für einen bestimmten Stellvertreter erteilt. Die Vorschriften des § 14 Abs.5,Nr.1,Abs.8 gelten entsprechend; ebenso gelten die Vorschriften des § 14 Abs.5 Nr.2 und 3 für den Stellvertreter entsprechend, wenn er für den milchwirtschaftlichen Betrieb des Unternehmens verantwortlich ist.

Abs.4: Die Erlaubnis ist zu versagen, wenn die Voraussetzungen der Abs.2 und 3 nicht vorliegen.

§ 14 Abs.5 Nr.1:

Die Erlaubnis darf nur erteilt werden, wenn der Unternehmer,in den Fällen des Abs.2 der Leiter des Unternehmens, die erforderliche Zuverlässigkeit besitzt.

§ 15 Abs.8:

Die Erlaubnis ist zurückzunehmen, wenn sich nachträgliche Umstände ergeben, die ihre Versagung rechtfertigen würden.

5) Gesetz über die Berufsausübung im Einzelhandel vom 5.8. 1957, BGBl.I, S.1121.

§ 3 Abs.2:

Die Erlaubnis ist zu versagen, wenn weder der Unternehmer,noch eine zur Vertretung des Unternehmers gesetzlich berufene, noch eine mit der Leitung des Unternehmens vom Unternehmer beauftragte Person die erforderliche Sachkunde nachweisen kann.

§ 6: Nach dem Tode des Unternehmers kann der Einzelhandelsbetrieb ohne Erlaubnis

1. vom überlebenden Ehegatten auf unbegrenzte Zeit
2. von den Erben bis zur Dauer von 5 Jahren

auch ohne einen Stellvertreter weitergeführt werden. Im übrigen gilt

§ 46 Gew O.

6) Gesetz über das Auswanderungswesen vom 9.6.1874, RGBl., S.463.

§ 4: Ausländischen Personen oder Gesellschaften darf die Erlaubnis nur erteilt werden, wenn sie einen im Reichsgebiet wohnhaften Reichsangehörigen zu ihrem Bevollmächtigten bestellen, welcher sie in den auf die Beförderung der Auswanderer bezüglichen Angelegenheiten Behörden und Privaten gegenüber zu vertreten hat.

§ 9: Der Unternehmer kann seine Befugnisse zum Geschäftsbetrieb auch durch einen Stellvertreter ausüben. Die Bestellung eines solchen ist erforderlich für die Geschäftsführung in Gewerbebetrieben.

Nach dem Tode des Unternehmers sowie im Falle einer Vormundschaft oder Pflegschaft kann der Geschäftsbetrieb noch längstens 6 Monate durch Stellvertreter fortgesetzt werden. Die Bestellung eines Stellvertreters bedarf der Genehmigung des Reichskanzlers.

§ 43 Abs.2: Sind die Zuwiderhandlungen von einem Stellvertreter begangen, so trifft die Strafe diesen.

7) Güterkraftverkehrsgesetz vom 17.10.1952, BGBl.I, S.697 i.d.F. vom 3.6.1957 und 27.12.1960, BGBl.I, S.1084.

§ 19 Abs.1:

Nach dem Tode des Unternehmers kann der Erbe den Betrieb vorläufig weiterführen. Das gleiche gilt für den Testamentsvollstrecker, Nachlaßpfleger oder Nachlaßverwalter während einer Testamentsvollstreckung, Nachlaßpflegschaft oder Nachlaßverwaltung.

Abs.2: Die Befugnis erlischt, wenn nicht der Erbe binnen 3 Monaten nach Ablauf der für die Ausschlagung der Erbschaft vorgesehenen Frist oder die in Abs.1 zweiter Halbsatz genannten Personen binnen 3 Monaten nach der Annahme ihres Amtes oder ihrer Bestellung die Genehmigung beantragt haben.

8) Gesetz zur Regelung der öffentlichen Sammlungen und sammlungsähnlichen Veranstaltungen vom 5.11.1934, RGBl.I, S.1086.

§ 11 Abs.1:

Bei Unternehmen und Einzelpersonen, die nicht unter § 10 fallen, kann die zuständige Behörde zur Durchführung der Sammlung einen Vertreter bestellen, wenn sich vorhandene Mißstände nicht auf andere Weise beheben lassen.

Abs.2: Der Verwalter hat, soweit er Rechtshandlungen zur Durchfüh-

rung der Sammlung vornimmt, die Stellung eines gesetzlichen Vertreters. Die Befugnisse des Sammlungsträgers, seiner Bevollmächtigten und Organe ruhen insoweit.

9) Fleischbeschauengesetz vom 29.10.1940, RGBl. I, S.1463.

§ 4: Für jeden Beschaubezirk sind mindestens ein Beschauer sowie ein Stellvertreter zu bestellen.

10) Verordnung über Fahrlehrer im Kraftfahrzeugverkehr vom 23.7.1957, BGBl. I, S.769.

§ 4: Wer geschäftsmäßig Fahrschüler selbständig ausbildet oder sie durch Fahrlehrer, die von ihm beauftragt werden, ausbilden läßt, bedarf der Fahrschülerlaubnis.

§ 8 Abs.1:

Nach dem Tode des Inhabers der Fahrschülerlaubnis kann der Erbe den Betrieb für die Zeit von höchstens drei Jahren weiterführen. Dasselbe gilt für den Testamentsvollstrecker, Nachlaßpfleger oder Nachlaßverwalter während einer Testamentsvollstreckung, Nachlaßpflegschaft oder Nachlaßverwaltung.

Abs.2: Erfüllen die in Abs.1 genannten Personen die Voraussetzungen des § 5 Abs.1 Nr.1 und 2 nicht, so kann der Betrieb nur weitergeführt werden, wenn eine andere Person als verantwortlicher Leiter des Ausbildungsbetriebs bestellt wird. Für diese gilt § 5 Abs.1 Nr.1 und 2 und 3 sowie Abs.3.

§ 5: Die Fahrschülerlaubnis wird erteilt, wenn der Bewerber

1. mindestens 25 Jahre alt ist,
2. die Fahrerlaubnis der Betriebsart und Klasse besitzt, für die er die Fahrschülerlaubnis beantragt,
3. insgesamt mindestens ein Jahr als Fahrlehrer tätig war,
4. einen Unterrichtsraum und die Lehrmittel nach Anlage 3 zur Verfügung hat.

11) Personenbeförderungsgesetz vom 21.3.1961, BGBl. I, S.241 ff.

§ 19:

Nach dem Tode des Unternehmers kann der Erbe den Betrieb vorläufig weiterführen oder diese Befugnis auf einen Dritten übertragen; das gleiche gilt für den Testamentsvollstrecker, Nachlaßpfleger oder Nachlaßverwalter während einer Testamentsvollstreckung, Nachlaßpflegschaft oder Nachlaßverwaltung.

GRUPPE B

- 1) Reichs- und Staatsangehörigkeitsgesetz vom 22.7.1913, RGL. S.583.

§ 19:

Die Entlassung einer Person, die unter elterlicher Gewalt oder unter Vormundschaft steht, kann nur von dem gesetzlichen Vertreter und nur mit Genehmigung des deutschen Vormundschaftsgerichts beantragt werden.

- § 7: Für die Aufnahme einer unter elterlicher Gewalt oder Vormundschaft stehenden Person wird, wenn sie das 16. Lebensjahr noch nicht vollendet hat, der Antrag vom gesetzlichen Vertreter gestellt; hat sie das 16. Lebensjahr vollendet, so bedarf der Antrag der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters.

- 2) Gesetz zur Regelung von Fragen der Staatsangehörigkeit vom 22.2.1955, BGBl. I, S.65.

§ 15:

Wer das 18. Lebensjahr noch nicht vollendet hat oder wer zwar über 18 Jahre alt, jedoch geschäftsunfähig oder aus anderen Gründen als wegen Minderjährigkeit in der Geschäftsfähigkeit beschränkt ist, wird durch seinen gesetzlichen Vertreter in persönlichen Angelegenheiten vertreten.

- 3) Gesetz über die Änderung von Familiennamen und Vornamen vom 5.1.1938, RGL. I, S.9.

§ 2 Abs. 1:

Für eine beschränkt geschäftsfähige oder geschäftsunfähige Person stellt der gesetzliche Vertreter den Antrag. Ein Vormund oder Pfleger bedarf hierzu der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts.

Abs. 2: Hat der beschränkt Geschäftsfähige das 16. Lebensjahr vollendet, so hat ihn das Vormundschaftsgerichts über den Antrag zu hören.

- 4) Gesetz über das Paßwesen vom 4.3.1952, BGBl. I, S.290 i.d.F. vom 30.8.1960, BGBl. I, S.721.

§ 7 Abs. 2:

Der Paß ist zu versagen, wenn bei unverheirateten Minderjährigen nicht die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters beigebracht wird.

5) Impfgesetz vom 8.4.1874, RGBl., S.71.

§ 12:

Eltern, Pflegeeltern und Vormünder sind gehalten, auf amtliches Erfordern mittels der vorgeschriebenen Bescheinigungen den Nachweis zu führen, daß die Impfung ihrer Kinder und Pflegebefohlenen erfolgt oder aus gesetzlichem Grunde unterblieben ist.

6) Landesgesetz von Rheinland-Pfalz über das Meldewesen, v. 24.7.1958, GuVBl., S.129.

§ 3: Die Meldung ist von dem Ein- oder Ausziehenden zu erstatten. Für Personen bis zum vollendeten 16. Lebensjahr, die im elterlichen Haushalt wohnen, sind die Eltern meldepflichtig. Wohnen sie nicht bei den Eltern, so ist der Wohnungsgeber meldepflichtig. Bei Entmündigten obliegt die Meldepflicht dem gesetzlichen Vertreter.

§ 4 Abs.1:

Die Meldung geschieht durch Abgabe des ausgefüllten und unterschriebenen Meldescheins. Der Hauptmeldepflichtige kann sich bei der Abgabe des Meldescheines durch eine geeignete Person vertreten lassen.

7) Landesgesetz von Rheinland-Pfalz über Personalausweise vom 4.4.1951, GuVBl., S.95.

§ 3 Abs.1:

Der Ausweispflichtige hat den Antrag auf Ausstellung des Personalausweises persönlich zu stellen.

Abs.2: Für Jugendliche vom vollendeten 16. bis vollendeten 18. Lebensjahr ist der Erziehungsberechtigte verpflichtet, den Antrag auf Ausstellung eines Personalausweises zu stellen, falls der Jugendliche dies unterläßt.

Abs.3: Für Personen, die entmündigt sind oder unter vorläufiger Vormundschaft stehen, hat der gesetzliche Vertreter den Antrag zu stellen.

8) Landesgesetz von Rheinland-Pfalz über die Schulpflicht vom 22.12.1955, GuVBl., S.115.

§ 2: Die Erziehungsberechtigten und die mit der Erziehung oder Pflege der Kinder Beauftragten sind verpflichtet, diese Kinder gemäß der öffentlichen Aufforderung zum Besuch der Volksschule anzumelden.

§ 15:

Die Sorgeberechtigten sowie die mit der Erziehung und Pflege der Schulpflichtigen Beauftragten sind dafür verantwortlich, daß die Schulpflichtigen

am Unterricht teilnehmen und sich der Schulordnung fügen. Lehrhern, Dienstherrn, Leiter von Betrieben und deren Bevollmächtigte haben die Schulpflichtigen anzumelden und die zur Erfüllung der Schul pflicht erforderliche Zeit zu gewähren, sowie sie zur Erfüllung der Schulpflicht anzuhalten.

- 9) Verordnung zur Durchführung des Schulpflichtgesetzes von Rheinland-Pfalz vom 28.3.1956, GuVBl., S.57.

§ 15:

Wer Sorgeberechtigter für die Person des Schulpflichtigen ist, bestimmt sich nach bürgerlichem Recht. Die Feststellung, wer mit der Erziehung und Pflege des Schulpflichtigen beauftragt ist, richtet sich nach den tatsächlichen Verhältnissen.

GRUPPE C

- 1) Waffengesetz vom 18.3.1938, RGBl.I, S.265.

§ 3 Abs.4:

Die Erlaubnis darf ferner nur erteilt werden, wenn der Antragsteller und die für die kaufmännische oder für die technische Leitung des Betriebes in Aussicht genommenen Personen die für den Betrieb des Gewerbes erforderliche persönliche Zuverlässigkeit und, wenn der Antragsteller oder die für die technische Leitung seines Betriebes in Aussicht genommene Person die für den Betrieb des Gewerbes erforderliche fachliche Eignung besitzt.

§ 5 Abs.1:

Die Erlaubnis zur Ausübung des Gewerbes ist zurückzunehmen, wenn in der Person des Gewerbetreibenden oder des Leiters des Betriebes die Voraussetzungen nicht mehr vorliegen, die für die Erteilung der Erlaubnis erforderlich sind.

- 2) Flurbereinigungsgesetz vom 14.7.1953, BGBl.I, S.591.

§ 120:

Die Beteiligten können sich durch Bevollmächtigte vertreten lassen.

- 3) Versammlungsgesetz vom 24.7.1953, BGBl.I, S.684.

§ 7 Abs.3:

Der Veranstalter kann die Leitung einer anderen Person übertragen.

4) Personenstandsgesetz i.d.F. vom 8.8.1957, BGBl.I, S.1126.

§ 19:

Die zuständige Verwaltungsbehörde kann auch den Leitern privater Entbindungs-, Hebammen- und Krankenanstalten widerruflich gestatten, die in den Anstalten erfolgten Geburten schriftlich anzuzeigen. In diesem Fall trifft die Anzeigepflicht ausschließlich den Leiter der Anstalt und im Fall seiner Verhinderung seinen allgemeinen Vertreter.

5) Verwaltungszustellungsgesetz vom 3.7.1952, BGBl.I, S.379.

§ 7 Abs.1:

Bei Geschäftsunfähigen oder Beschränktgeschäftsfähigen ist an den gesetzlichen Vertreter zuzustellen.

Abs.3: Bei mehreren gesetzlichen Vertretern oder Vorstehern genügt die Zustellung an einen von ihnen.

§ 8 Abs.1:

Zustellungen können an den allgemein oder für bestimmte Angelegenheiten bestellten Vertreter gerichtet werden. Ist ein Vertreter für mehrere Beteiligte bestellt, so genügt die Zustellung eines Schriftstückes an ihn für alle Beteiligten.

Abs.2: Einem Zustellungsbevollmächtigten mehrerer Beteiligter sind soviele Ausfertigungen und Abschriften zuzustellen, als Beteiligte vorhanden sind.

6) Gesetz über die Berufsausübung im Einzelhandel.

§ 3 Abs.2:

Vergl. oben Gruppe A Nr. 5.

7) Polizeiverwaltungsgesetz von Rheinland-Pfalz vom 26.3.1954, GuVBl., S.31.

§ 25 Abs.2:

Übt ein anderer als der Eigentümer die tatsächliche Gewalt über die Sache aus, so ist dieser neben dem Eigentümer verantwortlich. Er ist anstelle des Eigentümers verantwortlich, wenn er die tatsächliche Gewalt gegen den Willen des Eigentümers ausübt.

8) Gesetz über den Verkehr mit Lebensmitteln und Bedarfsgegenständen vom 17.1.1936, RGBl., S.17.

§ 8: Die Inhaber der in § 6 bezeichneten Räume, Einrichtungen und Geräte und die von ihnen bestellten Betriebs- und Geschäftsleiter und auch Auf-

seher sind verpflichtet, die Beamten und Sachverständigen bei der Ausübung der im § 6 bezeichneten Befugnisse zu unterstützen, insbesondere

- 9) Gesetz zum Schutze des Einzelhandels vom 12.5.1933, RGBl., S.262.

§ 3: Der Errichtung werden gleichgestellt,

3. die Übernahme der Verkaufsstelle durch eine andere Person, sofern mit der Übernahme eine Änderung der Betriebsart, insbesondere die Umwandlung in ein Warenhaus, verbunden ist.

- 10) Gesetz über das Auswanderungswesen.

§ 4: Vergl. Gruppe A Nr.6.

- 11) Verordnung gegen Mißstände im Auswanderungswesen vom 14.2.1924, RGBl. I, S.107, § 3.

- 12) Verordnung über Tarifüberwachung im Güterfernverkehr vom 17.4.1956, BGBl. I, S.376.

§ 5: Beauftragt der Unternehmer eine zugelassene Frachtenprüfstelle mit der Vorlage der Unterlagen bei der Bundesanstalt, so hat er innerhalb der in § 4 gesetzten Frist diese Unterlagen einzureichen.

- 13) Landesgesetz von Rheinland-Pfalz über das Meldewesen.
§ 4:

Vergl. oben Gruppe B Nr.6.

- 14) Landespolizeiverordnung von Rheinland-Pfalz über die Anlegung und den Betrieb von Steinbrüchen und Gräbereien über Tage vom 27.11.1951, GuVBl. A 193.

§ 3 Abs.1:

Jeder Betrieb muß der Aufsicht einer dazu durch entsprechende Kenntnisse und Erfahrungen befähigten zuverlässigen Person stehen. Die Aufsicht kann auch der Unternehmer führen, wenn er dazu geeignet ist.

Abs.3: Für den Fall der Abwesenheit des ordentlichen Aufsichtführenden muß ein bestimmter, dazu geeigneter und verantwortlicher Stellvertreter benannt sein.

3. Kapitel: Der Entwurf einer Verwaltungsrechtsordnung für Württemberg von 1931 und dessen Regelung der Stellvertretung

Mit dem Entwurf einer Verwaltungsrechtsordnung, der aber nur Entwurf geblieben ist, hat man 1931 in Württemberg versucht, die in der dortigen Staatsverwaltung zur Anwendung kommenden allgemeinen Rechtsgrundsätze festzustellen und den damaligen Anforderungen der Verwaltung entsprechend zu einem einheitlichen Gesetzeswerk auszubauen. Im Teil "Öffentliche Rechtsverhältnisse im Allgemeinen" sah Artikel 12 vor, daß die Ausübung eines Rechts durch Stellvertreter nur dann zugelassen sei, wenn dies mit der Art des Rechts vereinbar und nicht durch Rechtsvorschrift ausgeschlossen ist. Entsprechend sah dies Artikel 15 für die öffentlich-rechtlichen Pflichten vor. Nach Artikel 16 soll die Eigenschaft als gesetzlicher Vertreter nach bürgerlichem Recht auch für öffentlich-rechtliche Angelegenheiten gelten. In Titel 12 folgte dann in den Artikeln 52 - 57 der Vorschlag einer ausführlichen Ausgestaltung der Stellung des Vertreters sowie in Artikel 52 die Bestimmung, die §§ 164 - 167, 170 - 173 und § 175 BGB entsprechend anzuwenden.

Der Entwurf geht ausführlich auf die verschiedensten Probleme des allgemeinen Verwaltungsrechts wie den Verwaltungsakt u. a. ein. Die Regelung der Stellvertretung im Verwaltungsrecht dagegen wurde in fünf Artikeln behandelt, die im wesentlichen die Anwendung der bürgerlich-rechtlichen Vorschriften über die Stellvertretung vorsehen. Besondere Regelungen waren jedoch für das Erlöschen der Vollmacht, einseitige Willenserklärungen, die Vertretung ohne Vertretungsmacht und die Willenserklärungen des Vertreters gegenüber sich selbst vorgesehen.

§ 53 des Entwurfs läßt die Vollmacht erlöschen durch

1. Widerruf seitens des Vollmachtgebers,
2. Kündigung seitens des Bevollmächtigten,
3. Tod des Vollmachtgebers, soweit nicht ausdrücklich von ihm etwas anderes bestimmt ist,
4. Tod des Bevollmächtigten,
5. Aufhören der Rechtsfähigkeit des Vollmachtgebers oder des Bevollmächtigten, wenn der Vollmachtgeber oder der Bevollmächtigte eine juristische Person ist,
6. durch Eröffnung des Konkursverfahrens über das Vermögen des Vollmachtgebers, wenn die aufgrund der Vollmacht vorzunehmende Handlung sich auf das zu Konkursmasse gehörige Vermögen bezieht.

Die Festsetzung der Gründe für das Erlöschen der Vollmacht weicht im Entwurf von §§ 168, 169 BGB ab. Damit führt der Entwurf die rechtliche Unabhängigkeit der Vollmacht von dem der Erteilung zugrunde liegenden Kausalverhältnis durch. Die Begründung des Entwurfs (1) gibt an, im öffentlichen Recht erfolge die Vollmachterteilung vielfach ohne besonderes inneres Rechtsverhältnis zwischen Vollmachtgeber und Bevollmächtigten. Die Begründung führt als Beispiel aber nur Vertretungsfälle bei öffentlich-rechtlichen Körperschaften an.

§ 54 des Entwurfs entspricht der Vorschrift des § 174 BGB bis auf die Regelung, daß bei der Stellung eines Antrags der Bevollmächtigte bis zur Entscheidung über seinen Antrag eine Vollmachtsurkunde vorlegen muß oder der Vollmachtgeber der Behörde Kenntnis von der Vollmachtserteilung zukommen lassen muß.

§ 55 wendet die Vorschriften des BGB über die Vertretung ohne Vertretungsmacht an mit der Ausnahme, daß bei öffentlich-rechtlichen Erklärungen gegenüber Behörden Vertretung ohne Vertretungsmacht unzulässig sei. Das Erfordernis, daß Behörden in dem betreffenden Fall in Ausübung öffentlicher Gewalt tätig werden müssen, wurde deswegen aufgestellt (2), weil bei Erklärungen, bei denen die Behörden den Privatpersonen gleichgestellt sind, das Bedürfnis für eine abweichende Regelung nicht anzuerkennen sei.

§ 56 des Entwurfs sollte für das Verwaltungsrecht die Bestimmung des § 181 BGB einführen.

Durch § 57 des Entwurfs sollte ausgeschlossen werden, daß ein Vertreter auf dem Weg über verpflichtende oder belastende Willenserklärungen gegenüber Behörden sich auf Kosten des Vertretenen einen Vorteil verschafft. Damit sollte der Hauptanwendungsfall, die Übernahme einer Baulast gem. § 99 Bauordnung durch Erklärungen des Vertreters des Grundstückseigentümers zugunsten seines eigenen Grundstücks verhindert werden (3).

Die Regelung des Entwurfs zeigt, daß auch im Verwaltungsrecht eine Stellvertretung für möglich und zulässig gehalten wurde. Der Entwurf versuchte den Besonderheiten des Verwaltungsrechts dadurch Rechnung zu tragen, daß er nicht pauschal auf die Regelung des BGB über die Stellvertretung verwies,

(1) Vergl. Begründung, S.192.

(2) Vergl. a.a.O., S.196.

(3) Vergl. a.a.O., S.199.

sondern daß er dort, wo das Wesen des Verwaltungsrechts eine anderweitige Regelung verlangte, die Vorschrift entsprechend ausgestaltete.

Eine nähere Begründung für diese Lösung wurde nicht gegeben. Das mag seine Ursache darin haben, daß bei der Fassung des Entwurfs die Regelungen des Zivilrechts als ausreichend für das Verwaltungsrecht angesehen wurden, kann aber auch damit zu begründen sein, daß die Problematik der Anwendbarkeit der bürgerlich-rechtlichen Normierungen im Verwaltungsrecht nicht eingehend beleuchtet wurde.

In der folgenden Untersuchung soll gezeigt werden, daß eine globale Verweisung auf Vorschriften des BGB, wie es der Entwurf teilweise vorsah, wegen der Besonderheit der Stellung des Privaten im Verwaltungsrecht nicht möglich ist.

4. Kapitel: Die Zulässigkeit der gewillkürten Stellvertretung im Verwaltungsrecht

Erster Abschnitt: Allgemeine Zulässigkeit

Die Frage nach der Möglichkeit der rechtsgeschäftlichen Stellvertretung im Verwaltungsrecht bereitet Schwierigkeiten, da eine den §§ 164 ff BGB entsprechende allgemeine Regelung über die Zulässigkeit der Stellvertretung im Verwaltungsrecht nicht besteht.

Bei den Normierungen der Gruppe C, die von einer Stellvertretung, Bevollmächtigung oder Beauftragung handeln, ist nichts darüber gesagt, wann ein solches Vertretungsverhältnis vorliegt, dem das entsprechende Gesetz Wirkung beimißt. Bei den unter A und C genannten gesetzlichen Normierungen der Stellvertretung geht das Verwaltungsrecht davon aus, daß im Innenverhältnis zwischen Vertreter und Vertretenem oder dem Leiter eines Betriebes ein Rechtsverhältnis vorliege, das den Stellvertreter zur Vertretung berechtigt.

Das Gesetz entscheidet nicht, ob in Wirklichkeit eine Stellvertretung vorliegt (1). Daher ist auch nicht möglich, von der verwaltungsrechtlichen Vorschrift her festzustellen, unter welchen Voraussetzungen eine rechtsgeschäftlich erteilte Vollmacht wirksam ist, wie lange sie wirksam ist und wen die Wirkungen der Stellvertretung treffen.

(1) Beispiele: §§ 18, 19 PersstG; § 4 G über Auswanderungswesen.

Von einem System der Stellvertretung und der Anwendung allgemeiner Rechtsgedanken kann man nur dann sprechen, wenn das Verwaltungsrecht die Stellvertretung überhaupt für zulässig hält.

Die Zulässigkeit der Stellvertretung im Verwaltungsrecht wird nicht ohne Einschränkung bejaht.

Die Problematik der Zulässigkeit wurde von Jellinek (1) in der Frage zusammengefaßt, ob es für das einzelne Gesetz einen einleuchtenden Grund geben könne, in diesem oder jenem Fall die Stellvertretung zu verbieten. Bei Verneinung der Frage sei die Stellvertretung zulässig. Peters (2) will als Regel aufstellen, daß Stellvertretung in Ausübung öffentlich-rechtlicher Pflichten im Zweifel unzulässig sei sowie bei allen Rechtsgeschäften, bei denen klar erkennbar sei, daß die Rechtsordnung auf die Willensentschließung gerade der berechtigten oder verpflichteten Person Wert lege. Bei Zahlungsverpflichtungen soll nach Peters (3) in aller Regel Stellvertretung gestattet sein, dagegen nicht bei allen Pflichten, die aus einem aufgrund persönlicher Erlaubnisse, Rechtsverleihungen usw. entstandenen Rechtszustand entspringen und bei denen das Gesetz nichts anderes erkennen lasse. Jerusalem (4) steht auf dem Standpunkt, wegen des streng persönlichen Charakters des verwaltungsrechtlichen Rechtsverhältnisses sei eine Vertretungsmöglichkeit durch Dritte ausgeschlossen, der Private könne sich eines Verrichtungsgehilfen bedienen. Giacometti (5) ist der Auffassung, der persönliche Charakter der öffentlich-rechtlichen Berechtigungen und Verpflichtungen bedinge die persönliche Erfüllung der Pflichten oder die persönliche Geltendmachung der Rechte durch ihren Träger. Abgesehen von diesen höchstpersönlichen Rechten und Pflichten könnten öffentliche Pflichten und Berechtigungen gleich den zivilrechtlichen Rechten und Pflichten durch andere Personen als durch ihren Träger erfüllt oder ausgeübt werden.

Von Köhler (6), Turegg (7) und Wolff (8) bejahen ohne Einschränkung die

(1) Vergl. a. a. O., S. 214.

(2) Vergl. a. a. O., S. 146.

(3) Vergl. a. a. O., S. 146.

(4) Grundriß des Verwaltungsrechts, S. 48.

(5) Vergl. a. a. O., S. 330 ff.

(6) Vergl. Grundlehren, S. 235.

(7) Vergl. Lehrbuch, S. 107.

(8) Vergl. Verwaltungsrecht, S. 173 ff

Stellvertretungsmöglichkeit im Verwaltungsrecht. Forsthoff (1) macht lediglich den Vorbehalt, daß bei Verschiebung der Rechts- und Pflichtenlage durch die Stellvertretung diese mit einer ausdrücklichen gesetzlichen Vorschrift zugelassen sein muß. Landmann-Giers-Proksch (2) beschränken die Zulässigkeit der Stellvertretung lediglich bei der Ausübung öffentlicher Rechte, die höchstpersönlichen Charakter tragen und deswegen einer Stellvertretung nicht zugänglich sind. Ebenso ist bei öffentlichen Pflichten Stellvertretung ausgeschlossen, bei denen die öffentliche Gewalt auf die Erfüllung durch den als Verpflichteten Bezeichneten liegt.

Die Rechtsprechung (3) läßt die Stellvertretung im Verwaltungsrecht zu mit Ausschluß der Wahrnehmung der höchstpersönlichen Rechte und Pflichten.

Zweiter Abschnitt: Ausschluß der Stellvertretung bei besonderem Verbot oder bei Höchstpersönlichkeit des Rechts

Wenn in der speziellen verwaltungsrechtlichen Vorschrift die Stellvertretung ausgeschlossen sein sollte, sei es ausdrücklich oder aus dem Wortlaut des Gesetzes erkennbar, kann eine beauftragte Person nicht für oder gegen den Geschäftsherrn verwaltungsrechtlich bedeutsame Handlungen vornehmen.

Daneben scheidet auch die Möglichkeit einer Stellvertretung aus, wenn die Art des Rechts oder der Verpflichtung die Stellvertretung verbieten. Das ist bei der Höchstpersönlichkeit einer Berechtigung oder Verpflichtung der Fall. Bindet das Verwaltungsrecht ein Recht oder eine Pflicht in der Ausübung an eine bestimmte Person, können die Handlungen und Willenserklärungen, die sich darauf beziehen, nur von dem Betroffenen selbst und nicht durch einen Vertreter vorgenommen werden (4). Auch die Verwaltung muß in diesen Fällen der Person, die Träger des Rechts oder der Pflicht ist, persönlich gegenüberreten und kann nicht gegenüber dem Vertreter handeln. Eine Willensbildung durch eine andere Person, der das Recht nicht zusteht, würde dem Sinn und Zweck der Bindung des Rechts an die Persönlichkeit widersprechen.

Höchstpersönlichkeit ist überall da anzunehmen, wo das Gesetz entscheiden-

(1) Vergl. a.a.O., S.168.

(2) Vergl. a.a.O., S.92.

(3) Vergl. OLG Hamm in DVBl.1950, S.349; LVG Koblenz in DÖV 1950, S.

(4) Vergl. Forsthoff, a.a.O., S.168.

den Wert auf die Wahrnehmung des Rechts durch den Berechtigten oder die Erfüllung der Verpflichtung durch den Verpflichteten legt (1). Dies ist entweder dem Wortlaut des Gesetzes zu entnehmen oder in verständiger Auslegung des Gesetzes zu ermitteln.

Als höchstpersönliche Verpflichtungen sind zu nennen: Die Wehrpflicht und die Zeugnispflicht. Ebenso höchstpersönlich ist die Verpflichtung, wenn sie auf der Berufung in ein besonderes Vertrauensverhältnis beruht: Laienrichter und Beisitzer.

Die Pflicht zur Wahrnehmung eines Ehrenamtes ist höchstpersönlich und nicht durch einen Stellvertreter erfüllbar. Auch die Dienstleistungspflichten sind persönlicher Natur (2). Hierzu bestimmt das Preußische Kommunalabgaben-Gesetz in § 68 Abs.3 ausdrücklich, daß mit Ausnahme von Notfällen die Dienste auch durch Stellvertreter abgeleistet werden können. Dem hat sich das rheinland-pfälzische Kommunalabgaben-Gesetz vom 8.11.1954 in § 11 Abs.3 angeschlossen, daß die an sich höchstpersönlichen Dienstleistungen auch durch geeignete Stellvertreter erbracht werden können. Hier ist die Stellvertretung ausdrücklich zugelassen, weil im Falle der Bestellung eines Stellvertreters eine persönliche Dienstleistungspflicht des Vertreters begründet wird, also die Pflicht vom ursprünglichen Dienstverpflichteten auf den Vertreter übertragen wird. In allen Fällen, in denen durch die Stellvertretung eine Verschiebung der Rechts- oder Pflichtenlage herbeigeführt wird, bedarf es der Zulassung der Stellvertretung durch eine gesetzliche Vorschrift (3).

Als persönliches Recht, das auch eine rechtsgeschäftliche Übertragung nicht erlaubt, ist das aktive Wahlrecht zu verschiedenen Vertretungskörperschaften zu nennen: Bundestags-, Landtags-, Kommunal-, Betriebsratswahl und andere auf Gesetz beruhende Wahlen.

Dritter Abschnitt: Die Stellvertretung bei öffentlich-rechtlichen Verträgen

Das Zivilrecht wird getragen von rechtsgeschäftlichem Handeln, Willenserklärungen und Verträgen.

Ein öffentlich-rechtlicher Vertrag liegt dann vor, wenn Rechtssubjekte kor-

(1) Vergl. Laforet, Verwaltungsrecht, S.208; Peters, a.a.O., S.146.

(2) Vergl. Forsthoff, a.a.O., S.168.

(3) Vergl. Forsthoff, a.a.O., S.168.

respondierende Willenserklärungen abgeben über eine Rechtsmaterie, bei der sie sich als Partner ohne das Merkmal der Über- oder Unterordnung gegenüberstehen, um damit eine Regelung über die dem öffentlichen Recht angehörigen Vertragsgegenstände zu treffen (1). Vom Verwaltungsakt unterscheidet sich der öffentlich-rechtliche Vertrag dadurch, daß der am Vertrag beteiligte Hoheitsträger aus besonderen Gründen von seiner Überordnung keinen Gebrauch macht und, dem Gewaltunterworfenen gleichgeordnet, rechtsgeschäftlich tätig wird (2). Dabei kann der vertraglichen Regelung auch ein Gegenstand unterworfen werden, der an sich nur durch hoheitliche Betätigung der Verwaltung, einen Verwaltungsakt, entschieden werden kann. Zur Erledigung hoheitlicher Aufgaben kann eine Behörde in besonderen Umständen eines Einzelfalles nach ihrem freien Ermessen einen subordinationsrechtlichen Vertrag mit dem Bürger abschließen (3). Damit können unter Umständen die Ziele der Verwaltung leichter und einfacher erreicht werden, als wenn sie auf dem Weg der hoheitlichen Betätigung den Bürger durch einen Verwaltungsakt unterwirft. Dies um so mehr, als auch die Verwaltung bestrebt ist, mit den Bürgern in Verhältnisse zu treten, an deren Gestaltung der Bürger freiwillig mithilft, anstatt sich nur unwillig dem Befehl der Behörde zu unterwerfen.

Auf die Problematik und die Frage der Zulässigkeit öffentlich-rechtlicher Verträge zwischen Privaten und Hoheitsträgern braucht hier im übrigen nicht näher eingegangen zu werden.

Wenn öffentlich-rechtliche Verträge zulässig und möglich sind, ist die Frage der Zulässigkeit einer Stellvertretung Privater bei der Vorbereitung und dem Abschluß eines solchen Vertrages zu stellen. Die Willenserklärungen, die der Vertreter abgeben soll, sind rechtsgeschäftlicher Natur. Insoweit unterscheiden sie sich nicht von den Willenserklärungen, die beim Abschluß privatrechtlicher Verträge abgegeben werden. Sie sind auf die Erreichung eines rechtsgeschäftlichen Erfolges gerichtet. Wenn also beim öffentlich-rechtlichen Vertrag Willenserklärungen abgegeben werden, kann auch eine Stellvertretung in der Willensbildung und Erklärung stattfinden. Dabei bleibt

-
- (1) Vergl. Salzwedel, Grenzen der Zulässigkeit des öffentlich-rechtlichen Vertrages, S.30; Apelt, Der öffentlich-rechtliche Vertrag, S.57; Beispiele: Verträge über Wegebenutzung, Unterhaltung von Wasserläufen, über Anliegerbeiträge.
 - (2) Vergl. Salzwedel, a.a.O., S.43.
 - (3) Vergl. OVG Münster, Urteil v. 21.6.1960, DÖV 1960, S.798.

zu beachten, ob aus der zu regelnden Materie heraus sich eine Stellvertretung etwa wegen Höchstpersönlichkeit der Rechte oder Pflichten verbietet.

Vierter Abschnitt: Die Stellvertretung bei Willenserklärungen, tatsächlichen Handlungen und Unterlassungen

Im Zusammenhang mit dem öffentlich-rechtlichen Vertrag, der heute noch eine Ausnahme unter den öffentlich-rechtlichen Rechtsgeschäften bildet, ist zu untersuchen, ob der Begriff der rechtsgeschäftlichen Willenserklärung im Verwaltungsrecht in demselben Umfang gebraucht werden kann, wie ihn das Zivilrecht verwendet.

Neben dem verwaltungsrechtlichen Vertrag steht der Verwaltungsakt als hoheitliche Maßnahme und als Willenserklärung der Verwaltung.

Die Willenserklärung eines Privaten wird man dann als eine rechtsgeschäftliche ansehen können, wenn sie auf Herbeiführung eines Rechtsgeschäfts der Verwaltung gerichtet ist, und das Wollen des Rechtserfolges für dessen Eintritt wesentlich ist (1). Das ist bei den verwaltungsrechtlichen Verträgen und den mitwirkungsbedürftigen Verwaltungsakten der Fall. Die Mitwirkung des Privaten (2) wird hier als eine so wesentliche Voraussetzung angesehen, daß ihr Fehlen die Nichtigkeit des betreffenden Verwaltungsakts herbeiführt (3).

Darüber hinaus gibt es Willenserklärungen Privater, die nicht in dem eben genannten Sinn Bestandteil des behördlichen Rechtsgeschäfts werden. In vielen Fällen muß der Bürger durch eine Anregung oder einen Antrag die Tätigkeit der Verwaltung veranlassen. Der Antrag ist für die Entscheidung der Behörde nicht unbedingte Voraussetzung, sie könnte auch unabhängig von der Willenserklärung des Bürgers gefällt werden. Die Handlung des Privaten erzielt einen Rechtserfolg. Die Verwaltung wird daraufhin tätig und fällt eine Entscheidung über den gestellten Antrag. Sie wird dadurch nicht zu einer rechtsgeschäftlichen Willenserklärung, weil allein die Entscheidung der Behörde ohne Rücksicht auf die Willenserklärung des Antragstellers das ange-

(1) Vergl. Woischke, a.a.O., S.9.

(2) in der Form der Einwilligung oder des Antrags; Beamtenernennung, Entlassung aus der Staatsangehörigkeit, Bauerlaubnis, Erlaubnisse nach §§ 16, 27, 28, 30, 31, 34, 34 a GewO; §§ 1, 2, 7 GaststG; §§ 8, 80, 90 GüKG.

(3) Vergl. Forsthoff, a.a.O., S.198; Jellinek, a.a.O., S.249.

strebte Rechtsgeschäft darstellt und allein diese Entscheidung die beabsichtigten Rechtsfolgen hervorbringt. Dennoch muß auch bei dieser Art des Tätigwerdens eines Bürgers, das sich in der Kundgabe eines Willens erschöpft, ohne rechtsgeschäftliche Willenserklärung zu sein (1), die Stellvertretung möglich sein, soweit sich nicht aus der Art des Rechts etwas anderes ergibt. Für den Vertreter bleibt die Möglichkeit, eigenständig im Rahmen des zugrunde liegenden Rechtsgeschäfts seinen Willen zu bilden und diesen im Antrag oder der Anregung als Willen des Vertretenen kundzutun.

Die Frage der Zulässigkeit der Stellvertretung kann nicht ohne weiteres wie im Zivilrecht auf die Willenserklärungen beschränkt werden. Im Verwaltungsrecht werden in weit größerem Umfang tatsächliche Handlungen vorgenommen, als Willenserklärungen abgegeben. Das Verwaltungsrecht macht in erheblichem Maß tatsächliches Handeln des Bürgers zum Gegenstand seiner Normierungen. Die meisten verwaltungsrechtlichen Verpflichtungen werden nicht durch Willenserklärungen, sondern durch Vornahme einer tatsächlichen Handlung erfüllt. Auch hier kann man, wie im Zivilrecht, unterscheiden zwischen Tathandlungen, die, ohne daß der rechtliche Erfolg willentlich herbeigeführt wird, einen verwaltungsrechtlichen Erfolg bewirken (2) und zwischen Rechtshandlungen. Bei den letzteren wird durch die Vornahme einer bestimmten Handlung ein Wille geäußert, an den durch verwaltungsrechtliche Vorschrift ein Erfolg geknüpft wird, ohne daß der geäußerte Wille diesen Erfolg zu umfassen braucht (3).

Stellvertretung ist Bildung oder Äußerung eines Willens für einen anderen, der rechtliche Erfolg wird in der Person des Vertretenen herbeigeführt.

Für die Tathandlungen ist nicht der geäußerte Wille maßgebend, um den Rechtserfolg eintreten zu lassen. Sie können zwar auch mit einem bestimmten Willen vorgenommen werden, für die Rechtsordnung ist aber nur die Handlung allein oder deren Erfolg maßgebend. Wenn ein Wille mit Zielsetzung auf einen bestimmten Erfolg nicht geäußert werden kann, ist die Stellvertretung im Willen möglich, für die Rechtsordnung aber unerheblich. Derjenige, der eine Handlung vornimmt, ist nicht Stellvertreter des Geschäftsherrn, sondern dessen Erfüllungs- oder Verrichtungsgehilfe (4).

(1) Jellinek, a.a.O., S.240; Peters, S.153.

(2) Vergl. Wolff, a.a.O., S.178.

(3) Vergl. Wolff, a.a.O., S.179; Geburtsanzeige, Einwendungen gegen gewerbliche Anlagen gem. §§ 17 - 19 GewO.

(4) Vergl. Giacometti, a.a.O., S.330/331.

Forsthoff (1) hält eine Stellvertretung für möglich in Ansehung von Rechten und Pflichten. Zu den Pflichten gehören auch u. U. die Vornahme tatsächlicher Handlungen. Insoweit widerspricht der im Zivilrecht entwickelte Begriff der Stellvertretung als Vertretung im Willen der Auffassung Forsthoffs. Auch der von Wolff (2) gebrauchte Begriff der Tathandlungen kann nicht mit zu den möglichen Aufgaben eines Stellvertreters gerechnet werden. Wolff ordnet unter den Begriff der Vertreterhandlung auch tatsächliche Handlungen ein. Daher nimmt er an, daß es sich dabei um Stellvertretung im weiteren Sinne handelt. Unter Stellvertretung im weiteren Sinne versteht auch das Zivilrecht die Erfüllungsgehilfen und Boten. Insofern ist also die Auffassung Wolffs nicht zu beanstanden.

Bei den sogenannten geschäftsähnlichen Handlungen knüpft das Gesetz an die Äußerung eines Willens einen bestimmten Rechtserfolg, ohne daß dieser beabsichtigt ist. Von entscheidender Bedeutung ist, daß eine Willensbildung und -erklärung vorliegt. Soweit eine Willensentscheidung für das Gesetz maßgeblich ist, kann diese auch durch einen Stellvertreter getroffen werden. Der Rechtsgedanke der Stellvertretung kann also auch auf die geschäftsähnlichen Handlungen des Verwaltungsrechts ausgedehnt werden.

Wie im Zivilrecht kann es auch im Verwaltungsrecht keine Stellvertretung bei Unterlassungen geben. Die Pflicht, eine Handlung zu unterlassen, kann nicht von der verpflichteten Person getrennt werden. Entweder unterläßt der Pflichtige selbst die Handlung, dann entspricht er seiner Verpflichtung, oder er nimmt die Handlung vor, dann kann er sich nicht darauf berufen, sein Vertreter habe die Handlung unterlassen. So kann z. B. der Stellvertreter eines Gastwirts zu einer Unterlassung verpflichtet sein. Diese Pflicht trifft aber dann ihn in vollem Umfang und interessiert den Vertretenen nur insoweit, als die Behörde bei Verletzungen der Unterlassungspflicht dem Stellvertreter unter Umständen die Erlaubnis entziehen kann. Auch die Pflichten des Vertretenen selbst betreffen den Stellvertreter nur insoweit, als er durch ein Vorgehen der Behörde gegen den Vertretenen auch für sich Unannehmlichkeiten zu erwarten hat.

Eine Stellvertretung bei unerlaubten Handlungen ist im Verwaltungsrecht ebensowenig möglich wie im Zivilrecht. Die Folgen einer unerlaubten Handlung treffen nur denjenigen, der sie begangen hat.

(1) Vergl. a. a. O., S. 168.

(2) Vergl. a. a. O., S. 178.

Im übrigen muß die Behörde, bei der ein Stellvertreter auftritt, darüber entscheiden, ob die Stellvertretung, die der Vertretene für möglich hält, im konkreten Fall zulässig ist. Kommt sie nach den obigen Grundsätzen zu der Auffassung, eine Stellvertretung sei nicht zulässig, muß der Vertretene selbst handeln.

Nach alledem läßt sich die Frage der Zulässigkeit der Stellvertretung im Verwaltungsrecht dahingehend beantworten, daß dort, wo der Vertreter eine Stellvertretung im Willen übernimmt, die Stellvertretung zulässig ist. Der Wille kann entweder in einer Willenserklärung oder in einer Rechtshandlung zum Ausdruck kommen. Verbieta das Gesetz ausdrücklich die Stellvertretung oder ist das geltendzumachende Recht oder die Verpflichtung höchstpersönlich, ist die Stellvertretung ausgeschlossen, im letzten Fall nur aufgrund gesetzlicher Vorschrift möglich und zulässig.

5. Kapitel: Vorschriften des Verwaltungsrechts über persönliche Fähigkeiten des Stellvertreters

Die Stellvertreter, die unter Gruppe A der Vorschriften aufgeführt werden, treten für einen bestimmten Lebenskreis an die Stelle des Vertretenen. Sie übernehmen die Befugnisse, die durch die ursprüngliche Erlaubnis dem Inhaber eines Geschäftsbetriebes verliehen werden. Die Zulässigkeit der Stellvertretung ist dort an besondere Bedingungen geknüpft: In einigen Fällen (1) bedürfen die Stellvertreter einer besonderen Stellvertretererlaubnis. Darüber hinaus werden von verschiedenen Gesetzen an den Stellvertreter fachliche und persönliche Anforderungen gestellt.

Die Gewerbeordnung schreibt in § 45 S.2 allgemein vor, daß die Stellvertreter den für das in Rede stehende Gewerbe besonders vorgeschriebenen Erfordernissen genügen müssen. Welche Erfordernisse damit gemeint sind, überläßt die Gewerbeordnung der Entscheidung der einzelnen berufsrechtlichen Vorschriften der Einzelgesetze.

So muß der Handwerker, der nach Ablauf eines Jahres nach dem Tode des selbständigen Handwerkers für den Ehegatten oder die minderjährigen Erben

(1) Vergl. § 6 Abs.2 GaststG; § 15 Abs.1 und 3 MilchG; § 9 G über Auswanderungswesen.

den Betrieb fortführen will, als Meister in der Handwerksrolle eingetragen sein, oder eine durch Fähigkeiten und Kenntnisse begründete Ausnahmebewilligung besitzen.

Als Stellvertreter eines Gastwirts nach § 6 GaststG kann nur tätig werden, wer die für einen Gastwirt erforderliche Zuverlässigkeit besitzt. Zuverlässig ist nach § 2 Abs.1 Ziff.1 GaststG der Bewerber, der insbesondere nicht dem Trunk ergeben ist, das Gewerbe zur Förderung der Schlemmerei, der Völlerei oder der Unsittlichkeit oder der Ausbeutung Unerfahrener, Leichtsinniger oder Willensschwacher, zur sittlichen oder gesundheitlichen Schädigung Jugendlicher oder zum Vertrieb gesundheitsschädlicher, verfälschter oder verdorbener Nahrungs- und Genußmittel mißbrauchen wird.

Der Stellvertreter eines Milchhändlers, der verhindert ist, das Unternehmen persönlich zu betreiben, muß nach § 14 Abs.5 Ziff.1 MilchG die zur Leitung des Unternehmens erforderliche Zuverlässigkeit besitzen. § 3 Abs.2 des Gesetzes über die Berufsausübung im Einzelhandel schreibt vor, daß die vom Unternehmer mit der Leitung des Unternehmens beauftragte Person die erforderliche Sachkunde nachweisen muß.

Auch für die Weiterführung einer Fahrschule nach dem Tode des Inhabers sind bestimmte fachliche und persönliche Voraussetzungen vom Stellvertreter zu erfüllen. Als verantwortlicher Leiter muß er nach § 5 FahrIVO mindestens 25 Jahre alt sein, selbst Inhaber eines Führerscheins der Betriebsart und Klasse sein, für die er die Fahrlehrerlaubnis beantragt, und er muß mindestens ein Jahr als Fahrlehrer tätig gewesen sein.

Der technische Leiter einer Waffenfabrik oder Waffenhandlung muß die erforderliche Eignung besitzen (§ 3 Abs.4 WaffG). Als fachliche Eignung für das Herstellungsgewerbe gilt nach § 9 der DVO zum WaffG vom 19.3.1938 (RGBl. I, S.270) die Ablegung der Meisterprüfung für das betriebene oder ein verwandtes Handwerk oder die Befugnis zur Anleitung von Lehrlingen. Auch der Leiter einer Waffenhandlung muß nach § 11 DVO zum WaffG eine 3-jährige fachliche Erfahrung haben.

Darüber hinaus bestimmt § 8 DVO z. WaffG in Anlehnung an § 3 Abs.4 WaffG, was unter persönlicher Zuverlässigkeit zu verstehen ist. Dabei ist das gesamte Vorleben des Antragstellers und des Betriebsleiters zu berücksichtigen. Der Bewerber darf u. a. nicht in der Geschäftsfähigkeit beschränkt sein, wegen Landes- oder Hochverrats, wegen vorsätzlichen Angriffs auf Leben oder Gesundheit, wegen Land- oder Hausfriedensbruch, wegen Widerstands gegen die Staatsgewalt, wegen gemeingefährlicher Delikte, wegen strafbarer Hand-

lungen aus Gewinnsucht oder gegen das Eigentum oder wegen Jagdvergehens zu einer Freiheitsstrafe von mindestens 3 Monaten verurteilt sein.

Aus all diesen Vorschriften ist zu entnehmen, daß die Ausübung eines Gewerbes durch einen Stellvertreter nur dann zulässig ist, wenn der Stellvertreter in persönlicher und fachlicher Hinsicht die gleichen Anforderungen erfüllt, die an ihn gestellt würden, wenn er sich um eine Inhabererlaubnis bewerben würde. Damit soll gewährleistet werden, daß die Stellvertreter den Anforderungen des Gewerbes, das durch die Genehmigungspflicht der staatlichen Aufsicht unterworfen ist, entsprechen und damit das Erfordernis einer ordentlichen und ordnungsgemäßen Geschäftsführung erfüllen.

Die Öffentlichkeit hat ein Interesse daran, daß bei den Betrieben, die für die Volksgesundheit von Bedeutung sind, oder die im Fall einer nachlässigen Berufsausübung die öffentliche Sicherheit beeinträchtigen könnten, einer Person die Leitung obliegt, die diese Interessen wahrnimmt und auf die fachlich wie persönlich Verlaß ist.

6. Kapitel: Die Anwendung der Vorschriften des BGB über die Stellvertretung im Verwaltungsrecht

Das Verwaltungsrecht läßt in einer Reihe von gesetzlichen Regelungen die Stellvertretung ausdrücklich zu, indem es dort von der Ausübung einer erteilten Erlaubnis durch einen Stellvertreter, von der Vornahme von Handlungen durch den gesetzlichen Vertreter und allgemein von Vertretern und Bevollmächtigten spricht. Es läßt dagegen offen, unter welchen rechtlichen Gesichtspunkten das Verhältnis des Geschäftsherrn zum Vertreter sowie die Vertretungsmacht zu behandeln ist. Ebenso bleibt unausgesprochen, welche Voraussetzungen rechtlicher und tatsächlicher Art vorliegen müssen, damit das Handeln des Vertreters als Handeln des Geschäftsherrn angesehen werden kann.

Die Reichsabgabenordnung hat durch ihre ausdrückliche Bezugnahme auf die Stellvertretungsvorschriften des Bürgerlichen Rechts in § 108 diese zum Gegenstand ihrer gesetzlichen Regelung gemacht und damit die zivilrechtlichen Vorschriften in ihrer Anwendung auf das Steuerrecht zu steuerrechtlichen Normierungen werden lassen. In anderen gesetzlich geregelten Materien des Verwaltungsrechts fehlt es an einer ausdrücklichen Regelung dieser Fragen oder an einer Bezugnahme auf die zivilrechtlichen Vorschriften. Die Frage

der Ausgestaltung der zulässigen Vertretungsverhältnisse bedarf auch im Verwaltungsrecht eines Maßstabes, der allgemein angelegt werden kann, wenn Fragen der Stellvertretung, Gültigkeit und Wirksamkeit der Vertretungsmacht entschieden werden sollen. Auch die Fälle, in denen das Gesetz von der Zulässigkeit der Stellvertretung ausgeht, müssen nach einem allgemeinen Maßstab beurteilt werden.

Die Gewerbeordnung gibt in § 46 einen Anhaltspunkt, was im Gewerberecht unter Stellvertretung zu verstehen ist: Betrieb des Gewerbes für Rechnung eines anderen. Damit ist zwar ein Teil des Vertretungsverhältnisses angedeutet, es wird aber nicht vorgeschrieben, welche Bedingungen an das Handeln des Stellvertreters gestellt werden müssen, damit die Wirkungen der Stellvertretung eintreten.

Die Rechtsgrundsätze, die bei der gewillkürten Stellvertretung anzuwenden sind, müssen also aus anderen Rechtsgebieten übernommen werden. Dazu bietet sich das Zivilrecht mit der eingehenden Regelung der Stellvertretungsverhältnisse an.

Wie oben (S.4 ff) ausgeführt, besteht die Möglichkeit, zivilrechtliche Vorschriften im Wege der Analogie oder nach Herausarbeitung ihres allgemeinen Rechtsgedankens in das Verwaltungsrecht zu übertragen.

Die meisten Stimmen, die sich gegen die Verwendung der Analogie und für Anwendung allgemeiner Rechtsgedanken ausgesprochen haben, begründen ihre Ablehnung mit der strukturellen Verschiedenheit der beiden Rechtsgebiete, ohne dazu eine nähere Erklärung abzugeben, warum die Analogie abzulehnen sei. Das Bundesverwaltungsgericht (1) geht nicht einmal auf die Möglichkeit der Analogie ein. Für das Gericht ist es unproblematisch, daß man zivilrechtliches Gedankengut nur als allgemeinen Rechtsgedanken und keineswegs mit Hilfe der Analogie im öffentlichen Recht verwenden kann.

Einen Hinweis für die Bevorzugung der Anwendung allgemeiner Rechtsgedanken gegenüber der Analogie ergibt die Tatsache, daß es viele Rechtsgedanken gibt, die dem bürgerlichen und dem öffentlichen Recht gemeinsam sind und deshalb als für alle Rechtsgebiete geltende Rechtsgedanken angesprochen werden können, wie es in der Rechtsprechung bereits getan wird. Nicht alle Rechtsgedanken, die im BGB ihren gesetzlichen Ausdruck gefunden haben,

(1) BVerwGE Bd. 3, S. 203; Bd. 3, S. 299 f; Bd. 5, S. 14¹⁾; Bd. 7, S. 97; in DVBl. 1956, S. 304.

sind gesetzlich so formuliert, daß sie im Wege der Analogie auf ein anderes Rechtsgebiet übertragen werden können (1). Wenn die gesetzlichen Normierungen eine so spezielle Formulierung gefunden haben, muß die ihnen zugrunde liegende Rechtsidee herausgearbeitet werden. Die Analogie verbietet die Herausschälung des zugrunde liegenden Rechtsgedankens, da immer der gesamte Rechtssatz als solcher auf den nicht geregelten Fall angewendet wird.

Wenn man im Anschluß an Larenz (2) als Voraussetzung der analogen Anwendung die Forderung nach Gleichwertigkeit der untersuchten Fälle berücksichtigt, stößt die analoge Anwendung privatrechtlicher Rechtssätze im Verwaltungsrecht auf Schwierigkeiten. Das Verwaltungsrecht geht in seinen rechtlichen Konstruktionen von ganz anderen Voraussetzungen aus als das Zivilrecht. Das läßt sich einmal mit der Zielsetzung des Verwaltungsrechts, zum anderen mit der Stellung der am Verwaltungsrechtsverhältnis beteiligten Personen und Parteien begründen. Das Zivilrecht fördert und schützt in erster Linie Individualinteressen, während das Verwaltungsrecht die Abstimmung der privaten Interessen mit den Belangen der Rechtsgemeinschaft zum Hauptziel hat. Die Ausführungen von Larenz (3) treffen nur Fallgruppen desselben Rechtsgebiets. Die zivilrechtlichen Vorschriften können aus ihrer Gesamtkonzeption heraus nur für die Fälle Geltung beanspruchen, die ihrem Wesen nach in den Bereich des Zivilrechts gehören. Ihre Zweckbestimmung ist auf das Zivilrecht begrenzt. Der Zweck einer Vorschrift kann auch als ein der Regelung innewohnender Wert angesehen werden.

Mit der Begrenzung des Zwecks einer gesetzlichen Vorschrift auf ein spezielles Rechtsgebiet ist die Bedeutung der Vorschrift für ein andersartiges Rechtsgebiet begrenzt. Damit ist auch die Übereinstimmung eines privatrechtlichen Falles mit einem öffentlich-rechtlichen ähnlichen Fall wertungsmäßig nicht so bedeutsam, daß die rechtliche Gleichbehandlung der beiden Fälle gerechtfertigt wäre.

Für die Analogie wiederum spricht, daß sie sich in engem Anschluß an eine bestehende Gesetzesvorschrift bestätigt (4). Die Analogie bedarf darüber hinaus weniger der schöpferischen Tätigkeit, als sie das Auffinden eines allge-

(1) Vergl. Schack, a.a.O., S.284.

(2) Vergl. Larenz, Methodenlehre, S.288.

(3) Vergl. Larenz, a.a.O., S.288 f.

(4) Vergl. Weigelin, Lücken im Recht, in: JheringsJb Bd.53, S.14.

meinen Rechtsgedankens verlangt. Dabei bleibt auch die menschliche Unzulänglichkeit und der Zeitmangel der Verwaltungsbehörden und der Gerichte zu berücksichtigen. Den Vertretern der Analogie ist weiter zuzugestehen, daß der angewandte analoge Rechtssatz nicht mehr dem Zivilrecht angehört, sondern als verwaltungsrechtliche Norm weiter gilt.

Die Möglichkeit, den allgemeinen Rechtsgedanken einer Vorschrift ohne Rücksicht auf die wertmäßige Bedeutung der zu vergleichenden Fälle herauszuarbeiten, beseitigt die Schwierigkeiten, die bei einer analogen Anwendung entstehen. Der allgemeine Rechtsgedanke einer gesetzlichen Vorschrift wirkt ohne Rücksicht auf Ziele und Zwecke eines speziellen Rechtsgebiets. Die Figur des allgemeinen Rechtsgedankens als dem wesentlichen Inhalt einer gesetzlichen Formulierung beansprucht Geltung nicht nur in dem Rechtsgebiet, in dem sie ihren positiven Niederschlag gefunden hat. Die Unabhängigkeit des allgemeinen Rechtsgedankens einer Norm von den Zielen und Zwecken eines speziellen Rechtsgebiets bewirkt, daß er auch in anderen Rechtsgebieten angewendet werden kann, ohne daß es auf die wertmäßige Gleichbedeutung der Fälle ankommt, bei denen er einmal als positive Norm, dann aber als allgemeiner Rechtsgedanke angewendet werden soll.

Die Analogie scheitert daran, daß man bei der Prüfung der Übertragbarkeit der in Frage stehenden Vorschrift in das öffentliche Recht an den Wortlaut des Gesetzes gebunden ist, während bei der Anwendung allgemeiner Rechtsgedanken von der positiven Norm all das weggelassen werden kann, was in die Struktur des Verwaltungsrechts nicht paßt. Insbesondere lassen sich so besser die Eigenarten des Verwaltungsrechtsverhältnisses bei der Anwendung zivilrechtlicher Rechtsgedanken berücksichtigen. Der strukturelle Unterschied zwischen beiden Rechtsgebieten bedingt, daß im Zivilrechtssatz ausgedrückte Rechtsregeln nur dann und insoweit im Verwaltungsrecht angewendet werden, als sie diesem Unterschied Rechnung tragen. Das Vordringen zu der Allgemeinheit des Gedankens, zum Prinzipiellen und das Abstreifen der Bindung an eine bestimmte Gesetzesvorschrift ist gerade dann geboten, wenn es sich um die Frage der Geltung eines rechtlich ordnenden Gedankens in einem anderen Rechtsgebiet handelt. Diese Loslösung von der Formulierung des Gesetzes kann aber nur mit Hilfe des allgemeinen Rechtsgedankens, nicht aber in Form der Einzelanalogie erfolgen.

Die bisher von der Wissenschaft aufgesuchten und von der Rechtsprechung bestätigten allgemeinen Rechtsgedanken bringen zum Ausdruck, daß der Grundsatz, der als einzelne gesetzliche Regelung seinen Niederschlag gefunden hat, als spezielle Norm einen so entscheidenden Beitrag zur Gestaltung des gesam-

ten Rechtslebens darstellt, daß man sich seiner nicht nur in dem Rechtsgebiet bedienen kann, in dem er positiv geregelt ist. Diese Rechtsgrundsätze lassen sich in prägnante Stichworte umsetzen: Treu und Glauben (§ 242 BGB), Haftung für Erfüllungsgehilfen (§ 278 BGB), Fürsorgepflicht des Dienstherrn (§ 618 Abs.1 BGB). Von einem Grundsatz der Stellvertretungswirkung, die entsteht, wenn jemand willentlich für einen anderen in dessen Namen handelt, der im gesamten Rechtsleben Geltung haben soll, kann nicht ohne weiteres gesprochen werden.

So sollen die Vorschriften des BGB über die Stellvertretung daraufhin untersucht werden, wie weit in den einzelnen Normierungen ein allgemeiner Rechtsgedanke zum Ausdruck gekommen ist und wie der gefundene Rechtsgedanke im Verwaltungsrecht verwendet werden kann.

7. Kapitel: Die Anwendung dieser Rechtsgedanken auf die Stellvertretung im Verwaltungsrecht

Erster Abschnitt: Der Begriff der Vertretungsmacht im Verwaltungsrecht

Auch im Verwaltungsrecht muß es in den Fällen, in denen eine Stellvertretung zulässig ist, eine Beziehung zwischen Geschäftsherrn und Stellvertreter geben, die den Vertreter ermächtigt, im Namen des Geschäftsherrn zu handeln und die festlegt, wen die Folgen des Handelns treffen sollen. Es ist von dem Grundsatz auszugehen, daß nicht jemand für einen anderen auftreten und diesem durch sein Handeln Rechtsfolgen zukommen lassen kann, ohne daß der Geschäftsherr davon etwas weiß und in irgendeiner Form seine Zustimmung gegeben hat. Das rechtliche Können beruht auf der Vertretungsmacht (1). Sie muß als innere Rechtfertigung des Handelns für einen Dritten dazukommen.

Für die Begriffsbestimmung der Vertretungsmacht bietet sich die im Zivilrecht herausgearbeitete Definition an. Als Vertretungsmacht wird die Befugnis angesehen, rechtlich erheblich für einen anderen aufzutreten. Sie bewirkt, daß die Folgen des Vertreterhandelns in der Person des Vertretenen eintreten. Im Verwaltungsrecht muß die Vertretungsmacht ebenso ver-

(1) Vergl. Müller-Freienfels, a.a.O., S.211 und S.241.

standen werden (1). Die Vertretungsmacht beruht auf einem Rechtsgeschäft zwischen Geschäftsherrn und Vertreter. Es kann sich dabei um Rechtsverhältnisse der verschiedensten Art handeln, Auftrag, Dienstvertrag oder auch nur ein Gefälligkeitsverhältnis. Dieses Rechtsgeschäft gehört zweifellos dem Zivilrecht an, da die getroffene Vereinbarung nicht dem Verwaltungsrecht unterliegt (2). Der Zweck des Rechtsgeschäfts, vom Vertreter eine verwaltungsrechtlich erhebliche Handlung vornehmen zu lassen, läßt es nicht zu einem öffentlich-rechtlichen Verhältnis werden (3). Im Anschluß an Müller-Freienfels (4) müßte die Frage, ob die Vollmacht dem Privatrecht angehört und damit ihre Wirksamkeit sich nach Privatrecht regelt, bejaht werden, da die Probleme, die nur die Vollmacht als Zustimmung des Geschäftsherrn zum Handeln des Vertreters angehen, sich lediglich auf das Rechtsgeschäft der Bevollmächtigung beziehen. Die Bevollmächtigung ist aber als Bestandteil des Grundgeschäfts zwischen Vollmachtgeber und Bevollmächtigten anzusehen. Diese Meinung wird von Wolff (5) unterstützt, der es für möglich hält, daß innerhalb derselben Rechtsordnung ein komplexes Lebensverhältnis teils privatrechtlichen teils öffentlich-rechtlichen Sätzen unterliegen kann.

Die Frage ist mit dem Prinzip der Abstraktheit der Vollmacht zu lösen. Gerade die Trennung von dem zugrunde liegenden Rechtsgeschäft als dem Rechtsverhältnis, das den Vertreter dem Geschäftsherrn gegenüber berechtigt und verpflichtet, für ihn zu handeln (6), und die Tatsache, daß das vorzunehmende Vertreterhandeln als notwendiges Tatbestandsmerkmal der Vertretungsmacht bedarf (7), könnte darauf schließen lassen, daß die Vertretungsmacht

- (1) Außer Betracht bleiben soll der Fall, in dem das Vertreterhandeln oder die Vertreterereignschaft selbständige Berechtigungen und Verpflichtungen des Vertreters erzeugt: § 25 rh-pf PVG.
- (2) Wenn man das öffentliche Recht so versteht: "Öffentliches Recht ist der Inbegriff der Rechtssätze, die nur solche Subjekte berechtigen oder verpflichten, die ausschließlich durch Rechtssätze und Staatsakte bestimmt sind, oder die aufgrund eines Tatbestandes berechtigen oder verpflichten, der nur einem solchen Rechtssubjekt zurechenbar ist." Wolff, Unterschied zwischen öffentlichem und Privatrecht in ArchÖffR Bd.76, , S.210.
- (3) Vergl. Landmann-Giers-Proksch, Verwaltungsrecht, S.109 f.
- (4) Vergl. a.a.O., S.241.
- (5) Vergl. a.a.O., S.213.
- (6) Vergl. Staudinger-Cöing, Anm.10 vor § 164 BGB.
- (7) Vergl. Müller-Freienfels, a.a.O., S.211.

als solche nach verwaltungsrechtlichen Regeln zu behandeln ist (1). So wird auch die Erteilung der Prozeßvollmacht nach Verfahrensrecht behandelt (2). Sie ist als Prozeßhandlung unabhängig von dem zwischen Vertretenem und Vertreter bestehenden Innenverhältnis. Sie ist ein für den Prozeß bestimmter und ihn vorbereitender Akt und wird nach Prozeßrecht bewertet.

Eine allgemeine Vollmacht wie Generalvollmacht, Prokura usw., die auch zur Vornahme verwaltungsrechtlicher Handlungen berechtigt, gilt zwar als bürgerlich-rechtliche Vertretungsmacht; über ihre Wirkungen auf das Verwaltungsrecht kann aber das bürgerliche Recht nichts aussagen. Die Lösung wird darin zu sehen sein, daß es möglich ist, einen verwaltungsrechtlichen und einen privatrechtlichen Satz auf einen identischen Sachverhalt zu beziehen (3) und damit die verwaltungsrechtliche Bedeutung der Vollmacht nach verwaltungsrechtlichen Grundsätzen zu entscheiden. Die Vollmacht ist als ein notwendiges Tatbestandselement der Vertretereigenschaft anzusehen, da das Vertretergeschäft die gewollten Wirkungen nur hervorrufen kann, wenn die Vollmacht bestanden hat. Soweit sich eine erteilte Vollmacht auf ein verwaltungsrechtliches Vertretergeschäft bezieht, muß ihre Gültigkeit nach verwaltungsrechtlichen Grundsätzen beurteilt werden. Wegen der zivilrechtlichen Folgen, die mit dem Geschäft verbunden sein können, muß sie nach Zivilrecht ausgelegt werden.

Zweiter Abschnitt: Offenheitsprinzip, Handeln im Namen eines anderen

Die Repräsentationstheorie und damit der in § 164 Abs. 1 Satz 1 BGB ausgedrückte Rechtsgedanke legen beim Stellvertretungsverhältnis den für das abzuschließende Rechtsgeschäft entscheidenden Willen dem Vertreter bei. Die Erklärungen und Handlungen des Vertreters werden als solche des Geschäftsherrn bewertet und diesem zugerechnet. Dies bestätigen auch die oben angeführten Vorschriften, die sicher das Gegenteil ausgedrückt hätten, wenn die Wirkungen des Handelns beim Vertreter hätten entstehen sollen. Es handelt sich bei der Fremdwirkung des Vertreterhandelns um einen Rechtsgrundsatz, der dem Begriff des Vertreters innewohnt.

(1) Landmann-Giers-Proksch, a.a.O., S.109.

(2) Vergl. Stein-Jonas-Schönke, Kommentar zur ZPO, Anm. A II 1 zu § 80 ZPO.

(3) Vergl. Wolff, ArchÖffR Bd.76, S.213.

Wer aufgrund einer Vertretungsmacht handelt und dabei zum Ausdruck bringt, er handle im Namen eines anderen, ist Stellvertreter. Mit dem Begriff des Stellvertreters verbindet sich in allen Rechtsgebieten die Vorstellung, daß jemand eine Handlung vornimmt, deren tatsächliche und rechtliche Folgen nicht für seine Person, sondern demjenigen, den er repräsentiert, entstehen sollen. Aus der Bestimmung des § 164 Abs. 1 Satz 2 BGB kann ein allgemeiner Rechtsgedanke abgeleitet werden, daß der Vertreter im Namen des Vertretenen handeln muß, oder daß sich aus den Umständen seines Auftretens erkennen lassen muß, daß er im Namen des Vertretenen Erklärungen abgeben will. Da es dem Verwaltungsrecht wie dem Zivilrecht bei einer Stellvertretung darauf ankommt, entscheiden zu können, wer aufgrund der vorgenommenen Handlung oder Erklärung der Berechtigte oder Verpflichtete sein soll, ist die Erkennbarkeit des Handelns für einen Dritten zu fordern. Es muß also im Zweifel in jedem einzelnen Falle untersucht werden, inwieweit der Vertreter das Handeln für einen anderen hat erkennen lassen. Dabei kommt es entscheidend auf das Verhalten des Vertreters an. Das Verhalten des Geschäftsherrn ist erst von Bedeutung, wenn es um die Frage geht, ob der Vertreter im Namen eines Dritten und mit Vollmacht gehandelt hat (1). Dazu bietet der tägliche Verkehr der Verwaltung mehr Anhaltspunkte, als im Zivilrecht allgemein dem Auftreten einer Person zu entnehmen sind.

Im Verwaltungsrecht ist es in vielen Fällen nicht so, daß auf eine Handlung oder eine Willenserklärung eines Privaten hin sofort die entsprechende Handlung oder Willenserklärung der Behörde vorgenommen wird. Bis es dazu kommt, müssen oft eingehende Untersuchungen und Verhandlungen getätigt werden. Wenn die Verwaltung auf eine private Willenserklärung hin tätig wird, muß sie sich zur Vorbereitung der zu treffenden Entscheidung in größerem Maße mit der Persönlichkeit oder den Umständen, die der Entscheidung zugrunde zu legen sind, befassen, als es im Zivilrecht zwischen zwei Vertragsparteien, die einen Kaufvertrag oder ähnliches abschließen, der Fall sein wird.

Bei einem Antrag auf Hinausschiebung der Polizeistunde (2) muß vor Erteilung der Genehmigung durch die Bezirksregierung die Zustimmung der Gemeindevertretung eingeholt werden, sowie die Orts- und Kreispolizeibehörde und die Berufsvertretung der Arbeitnehmer und Arbeitgeber gehört werden. Wenn

(1) Vergl. VGH Stuttgart, BWVBl. 1957, S. 187.

(2) LPolVO von Rheinland-Pfalz über Polizeistunde in Gast- und Schankwirtschaften vom 28.8.1952, GüVBl., S. 121.

ein Vertreter (1) diese Genehmigung auf Hinausschiebung der Polizeistunde beantragt, wird sich jede der einzelnen Stellen, die darüber zu entscheiden haben, informieren, für wen dieser Antrag gelten soll und welche Räumlichkeiten er betrifft. Dabei wird auch die Ortspolizeibehörde anhand ihrer Kartei über erteilte Erlaubnisse feststellen, ob der Antragsteller selbst Inhaber der Gaststätte ist oder ob er eine Vertretererlaubnis besitzt. Auch der Bevollmächtigte des Inhabers muß darlegen, für welches Unternehmen er die Genehmigung beantragt (2), wen er also vertreten will.

Auch im Baurecht lassen sich Beispiele dafür finden, daß im Verwaltungsrecht aus dem Auftreten einer Person in Verbindung mit dem gestellten Antrag leichter auf das Handeln für einen anderen geschlossen werden kann, als das im Zivilrecht möglich ist. So müssen z. B. einem Baugesuch eines Privaten Unterlagen der verschiedensten Art beigelegt werden, deren Gesamtbetrachtung die Umstände ergeben, aus denen sich erkennen läßt, für wen der Handelnde auftritt. Der beauftragte Architekt muß der Baupolizei gegenüber angeben, wer Eigentümer und Besitzer des Grundstücks ist, sowie wer als Bauherr auftritt. Aus den einzureichenden Anträgen und Formularen kann die Baubehörde feststellen, für wen der Architekt einen Antrag stellt. Aufgrund dieser Formalitäten erhält die Baupolizei von der Person des Geschäftsherrn Kenntnis, während unter Umständen anderen am Bau beteiligten Personen die Stellvertretung unbekannt bleibt. Auch wenn von einer Behörde keine solch detaillierten Angaben über die zugrunde liegenden Rechtsverhältnisse verlangt werden, ergibt sich in den meisten Fällen ohne Schwierigkeit, daß die Wirkung des Handelns der auftretenden Person einen anderen treffen soll. Die Rechtsbeziehungen zwischen Verwaltung und einzelnen Bürger sind mehr auf die Persönlichkeit des Privaten zugeschnitten, als es bei den mehr objektiven Beziehungen des Privatrechts der Fall ist. Das Verwaltungsrecht greift weitgehend in das persönliche Leben des Bürgers regelnd ein. Deswegen verlangen auch der Sinn und Zweck vieler Rechtsverhältnisse des Verwaltungsrechts die Offenlegung der Stellvertretung, um das Recht und die Verpflichtung beim Vertretenen entstehen lassen zu können. Im Verwaltungsrecht geht es nicht um die freie vertragliche Gestaltung von privaten Rechtsbeziehungen; es stehen vielmehr dem einzelnen nach Erfüllung der Voraussetzungen bestimmte vom Gesetz normierte Rechte und Pflichten zu. Der Anspruch auf diese Rechte entspringt nicht wie im Zivilrecht einem

(1) § 6 Abs. 2 GaststG.

(2) § 4 Abs. 1 LPolVO über Polizeistunde.

Vertrag, sondern der gesetzlichen Normierung.

Infolge der Über- und Unterordnung haben sich die Rechtssubjekte im Rahmen der Gesetze der Verwaltung zu unterwerfen (1). Im Rahmen dieses Subordinationsverhältnisses kann die Verwaltung aufgrund entsprechender gesetzlicher Vorschriften besondere Bedingungen aufstellen, die der Bürger beim Verkehr mit Behörden zu beachten hat (2). Im übrigen ist bei der Auslegung und Würdigung der Umstände, die das Handeln in fremdem Namen erkennbar machen, von dem auch im Verwaltungsrecht geltenden allgemeinen Rechtsgedanken von Treu und Glauben auszugehen (3). Das bedeutet, daß die Untersuchung der Umstände, unter denen der Stellvertreter aufgetreten ist, unter Berücksichtigung der Verkehrssitte und einer natürlichen Betrachtungsweise der dem Rechtsverkehr zugrunde liegenden Lebensverhältnisse vorgenommen werden muß. Die Auslegung der unter diesen Umständen abgegebenen Willenserklärung bereitet keine Schwierigkeiten, da die Grundsätze über die Auslegung einer Willenserklärung dem Rechtsgedanken nach auch im Verwaltungsrecht angewendet werden können (4). Es kann also in jedem Fall, wo ein subjektives Recht als Ausfluß der Rechtsordnung durch einen Vertreter geltend gemacht wird, die Offenlegung des zugrunde liegenden Verhältnisses und damit der Beweis der Vertretungsmacht verlangt werden (5). Wenn sich aus den Umständen des Auftretens eines Stellvertreters nichts ergibt, die Verwaltung aber Anhaltspunkte für das Bestehen eines Vertretungsverhältnisses kennt, muß sie sich die Vollmacht nachweisen lassen.

Die Behörde kann auch die Offenlegung des Vertretungsverhältnisses und damit den Nachweis der Vertretungsmacht zur Begründung des geltend gemachten Anspruchs verlangen. Die Verwaltung soll nicht aufgrund einer Vermutung tätig werden, sondern aufgrund tatsächlicher Vorgänge und Rechtstatsachen, die dem Anspruch zugrunde liegen.

Die Forderung nach der Bestimmbarkeit des behördlichen Handelns sowie der sinnvollen Ausgestaltung der Rechtsbeziehungen zwischen Bürger und Staat verlangen den Nachweis der Vertretungsmacht. Zur Wirksamkeit der Hand-

(1) Vergl. Forsthoff, a.a.O., S.100.

(2) Formulare, Fragebogen usw.

(3) §§ 133, 157, 242 BGB; vergl. Schmitt, Treu und Glauben im Verwaltungsrecht, S.56.

(4) Vergl. Schmitt, a.a.O., S.56.

(5) Vergl. Wolff, a.a.O., S.175.

lung eines Stellvertreters ist Vertretungsmacht erforderlich. Ist der Nachweis der Vertretungsmacht nicht erbracht, läuft die Verwaltung Gefahr, daß ihr Handeln und das vorzunehmende Rechtsgeschäft (Verwaltungsakt) keine Rechtswirkksamkeit erlangen und damit die Durchsetzung der Aufgaben der Verwaltung gefährdet wird. In allen Verfahren, in denen die Behörde nur auf Antrag tätig werden darf und in denen der Antrag maßgeblicher Bestandteil und Voraussetzung eines wirksamen Aktes ist, muß sie darauf achten, daß sie nur auf einen wirksamen Antrag hin tätig wird (1).

Beispiel: Den Antrag auf Namensänderung muß der gesetzliche Vertreter für den nicht voll Geschäftsfähigen stellen (2). Er muß dabei zum Ausdruck bringen, daß er für den von ihm vertretenen Mündel handelt. Der Antrag des Stellvertreters gilt als Willenserklärung des Vertretenen und stellt die Voraussetzung zur Namensänderung dar.

Die Behörde muß vor der Prüfung und Feststellung der sachlichen Voraussetzungen der Namensänderung untersuchen, ob sie durch wirksame Stellung eines Antrags berechtigt ist, die Änderung vorzunehmen (3). Sie kann nicht unter gutgläubiger Annahme, ein wirksamer Antrag sei gestellt, mit der Anwendung des Gesetzes Folgen herbeiführen, die, wenn sich später die Fehlerhaftigkeit bzw. der Mangel des Antrags herausstellt, nicht mehr oder nur umständlich zu beseitigen sind.

Dritter Abschnitt: Gilt auch der Rechtsgedanke des § 164 Abs.2 BGB im Verwaltungsrecht?

Läßt ein Vertreter nicht erkennen, daß er im Namen eines anderen handelt, wird er im Zivilrecht so angesehen, als ob eine Stellvertretung nicht vorgelegen habe. Seine Erklärung ist dann als seine eigene so wirksam geworden, wie der Geschäftsgegner nach allgemeinen Auslegungsgrundsätzen dies verstehen durfte (4). Hat der Stellvertreter, der seinen Geschäftsherrn zum Partner des Geschäfts machen wollte, den Vertretungswillen nicht erkennbar werden lassen, kann er sich auf das Nichtvorliegen des Willens, im eigenen Na-

(1) Vergl. Forsthoff, a.a.O., S.196.

(2) § 2 Namensänderungsgesetz.

(3) Vergl. § 5 Namensänderungsgesetz; Schriftform des Antrags oder zu Protokoll der Behörde; Wohnsitz- oder Aufenthaltsbehörde ist zur Namensänderung zuständig.

(4) Vergl. Staudinger-Going, a.a.O., Anm.11 a zu § 164 BGB.

men zu handeln, nicht berufen. Die Wirkungen seines Handelns kommen entgegen seinem Willen in seiner Person zustande. Die Anfechtungsmöglichkeit wegen Auseinanderfallens der ursprünglichen Willens von dem erklärten Willen (§ 119 Abs.2 BGB) wird durch die Vorschrift des § 164 Abs.2 BGB ausgeschlossen (1).

Die Frage nach der Anwendbarkeit des Rechtsgedankens des § 164 Abs.2 BGB im Verwaltungsrecht gehört zu den Fragen der Anfechtbarkeit einer Willenserklärung im Verwaltungsrecht. Nach § 164 Abs.2 BGB wird der Vertreter an seine Erklärung gebunden, die nach den Auslegungsregeln nicht als eine Vertreterhandlung, sondern als eine eigene Handlung der erklärenden Person angesehen wird. § 164 Abs.2 BGB stellt die Lösung eines Anfechtungsproblems dar, das systemgemäß zu §§ 116 ff BGB gehört, aber in so engem Zusammenhang mit den Stellvertretungsproblemen steht, daß die Regelung dort erfolgte.

Zur Frage der Anfechtbarkeit von Willenserklärungen hat das Verwaltungsrecht eine eigenständige, den Besonderheiten des Verwaltungsrechts Rechnung tragende Lösung gefunden. Insoweit besteht für die Frage der Anfechtbarkeit der Willenserklärung eines Stellvertreters keine Lücke im System des Verwaltungsrechts, die durch Rückgriff auf zivilrechtliche Vorschriften geschlossen werden müßte. Der Problemkreis des Rechtsgedankens des § 164 Abs.2 BGB liegt außerhalb der gestellten Aufgabe.

8. Kapitel: Der Umfang der Vollmacht im Verwaltungsrecht

Erster Abschnitt: Die Vollmacht mit und ohne Beschränkung auf eine spezielle Handlung

Für den Umfang der Vollmacht ist in erster Linie der bei der Bevollmächtigung zum Ausdruck gekommene Wille des Vollmachtgebers entscheidend. Wird in der Vollmacht ausdrücklich auf eine bestimmte vorzunehmende Handlung des Vertreters Bezug genommen, gilt die Vollmacht nur für die Vornahme dieser bestimmten verwaltungsrechtlichen Handlung. Wenn der Wille des Vollmachtgebers nicht in dieser eindeutigen Weise, etwa in der schriftlich erteilten Vollmacht erklärt worden ist, muß zur Auslegung auf

(1) BGH LM Nr. 5 zu § 164 BGB; Nr. 1 zu § 517 ZPO.

die allgemeinen Grundsätze, die auch im Verwaltungsrecht gelten, zurückgegriffen werden (1).

Die Vertreter, die durch die angeführten verwaltungsrechtlichen Vorschriften der Gruppe A betroffen werden, handeln auf einem bestimmten Gebiet mit Wirkung für den Geschäftsherrn. Der Stellvertreter eines Gastwirts muß zur Erfüllung seiner Verpflichtungen gegenüber dem Geschäftsherrn in einem umfassenden Gebiet tätig werden. Sofern sich aus der Stellung des Vertreters eine Festlegung der Tätigkeitsbereiche ergibt, gilt die Vollmacht nur für diese. Ist eine solche Beschränkung nicht vorgesehen und sollte die Verwaltung an dem Umfang der Vollmacht und ihrer Wirkung auf die einzelne Handlung Zweifel haben, muß sie untersuchen, ob das Handeln des Vertreters in den Bereich der Geschäfte fällt, zu denen die Vollmacht ermächtigt. Aus dem Verhalten des Geschäftsherrn bei früheren Vertretungsakten kann sich ergeben, ob das Verhalten des Vertreters im vorliegenden Fall durch die Vollmacht des Geschäftsherrn gedeckt ist (2). Im Zweifel ist die Annahme gerechtfertigt, daß der Stellvertreter bevollmächtigt ist, alle Handlungen vorzunehmen, die er zur Erreichung des mit der Stellvertretung zu erzielenden Geschäftszwecks für notwendig erachtet. Dies entspricht den Grundsätzen über ergänzende Auslegung von Willenserklärungen (3). Es würde dem Sinn einer allgemein zugelassenen Vertretung im Gewerbe widersprechen, wenn man den Umfang einer rechtsgeschäftlich erteilten Vollmacht nicht auf alle Geschäfte beziehen würde, die im Rahmen der Stellvertretung im Gewerbe gegenüber der Verwaltung vorkommen könnten. Die Vollmacht des gewerberechtlichen Stellvertreters steht insoweit den rechtsgeschäftlich erteilten, im Umfang gesetzlich bestimmten Vollmachten gleich.

Wenn jemand einen anderen ganz allgemein bevollmächtigt, für ihn als Stellvertreter seine Angelegenheiten zu erledigen, kann damit auch die Verpflichtung des Vertreters gegeben sein, Handlungen vorzunehmen, die außer privat rechtlichen auch verwaltungsrechtliche Folgen zeitigen. Ausgangspunkt für die Wirksamkeit der Generalvollmacht auf einzelne verwaltungsrechtliche Handlungen des Stellvertreters müssen die Grundsätze über die Auslegung einer Willenserklärung sein. Fällt die vom Vertreter beabsichtigte Handlung aus dem Rahmen des üblicherweise einem Generalbevollmächtigten zukommenden Aufgabenkreises, so daß die Behörde zu der Auf-

(1) Rechtsgedanke der §§ 133, 157, 242 BGB.

(2) Vergl. Staudinger-Coing, a.a.O., Anm.14 zu § 167 BGB.

(3) Vergl. Staudinger-Coing, a.a.O., Anm.37 ff zu § 133 BGB.

fassung gelangen muß, der Auftraggeber könne diese Handlung unmöglich beabsichtigen und billigen, ist die Handlung des Vertreters nicht durch die Generalvollmacht gedeckt. Aus der Erteilung einer Generalvollmacht folgt nicht, daß der Stellvertreter im Verhältnis zu seinem Geschäftsherrn zu jeder Handlung, auch gegen den Willen des Vollmachtgebers ermächtigt sein soll, für die durch die Generalvollmacht die formelle Legitimation erteilt ist (1). Aus der Stellung des Vertreters zum Vollmachtgeber - dies ist schon in verschiedenen Gesetzen angedeutet (2) - kann in vielen Fällen ein Hinweis entnommen werden, ob diese Handlung von der Generalvollmacht gedeckt wird oder nicht (3). Liegt eine Generalvollmacht vor, so muß bei der Vornahme einer verwaltungsrechtlichen Handlung geprüft werden, ob sie in den Kreis der Geschäfte fällt, die nach den gegebenen tatsächlichen Verhältnissen von einem Generalbevollmächtigten zur Erreichung der mit der Generalvollmacht verfolgten Ziele vorgenommen werden können und müssen. Scheidet die vorzunehmende Handlung aus dem Kreis dieser Geschäfte aus, muß eine besondere Bevollmächtigung des Stellvertreters vorliegen.

Zweiter Abschnitt: Die rechtsgeschäftlich erteilte, gesetzlich umschriebene Vollmacht

In einer großen Zahl von Vertretungsfällen beruht die Vertretungsmacht auf Rechtsgeschäft, während ihr Umfang durch Gesetz bestimmt wird (4). Die gesetzlichen Vorschriften bestimmen in diesen Fällen den Umfang der Vertretungsmacht dahin, daß sie zu allen gerichtlichen und außergerichtlichen Handlungen ermächtigt, die der Betrieb des Handelsgewerbes mit sich bringt. Die Handlungen, die der Prokurist vornehmen kann, müssen, um in den Rahmen seiner Vollmacht zu fallen, in dem Betrieb eines Handelsgewerbes vor-

-
- (1) Vergl. Staudinger-Coing, a.a.O., Anm.15 zu § 167 BGB.
 - (2) Leiter des Betriebes oder allgemein Bevollmächtigter; vergl. §§ 3 Abs.4 und 5 Abs.1 WaffenG; § 19 PersBefG; § 8 LebensmittelG; § 3 Abs.3 EinzelhandelsG; § 1 Abs.1 Flaggenrechtsgesetz; § 4 Abs.2 G über Meldewesen Rh-Pf.
 - (3) Der Leiter des Betriebes stellt einen Namensänderungsantrag für den Inhaber.
 - (4) Vergl. Geßler-Hefermehl, Kommentar zum HGB, Anm.2 zu § 49 HGB; §§ 49, 54, 55, 116 HGB; Prokura, Handlungsvollmacht, Handelsvertreter, Geschäftsführung der Gesellschafter.

kommen (1). Im Gegensatz zur Regelung des gesetzlichen Umfangs der Handlungsvollmacht wird bei der Prokura nicht das betreffende Handelsgeschäft zum Ausgangspunkt genommen, sondern jedes beliebig mögliche Handelsgeschäft. Sie berechtigt also zur Vornahme von Rechtshandlungen, die als ungewöhnlich gelten oder selten vorkommen. Der Prokurist kann aber nur solche Handlungen vornehmen, die sich auf den Betrieb eines Handelsgewerbes beziehen; Geschäfte, die mit dem Betrieb nichts zu tun haben oder nur die private Sphäre des Geschäftsinhabers betreffen, sind seiner Vertretungsmacht entzogen (2).

Soweit der Betrieb eines Handelsgewerbes die Vornahme verwaltungsrechtlicher Handlungen erfordert, bei denen eine Stellvertretung überhaupt zulässig ist, kann der Prokurist sie vornehmen mit Wirkung für den Geschäftsherrn. Das ergibt sich aus der Beziehung der Prokura auf den Betrieb des Handelsgewerbes, und zwar jedes Handelsgewerbes, nicht nur des gerade betriebenen.

Beispiel: Der Prokurist kann die Kraftfahrzeuge der Firma bei der Straßenverkehrsbehörde anmelden, ohne daß es dazu einer gesonderten Bevollmächtigung bedarf. Auch eine baupolizeiliche Genehmigung, die sich auf das Betriebsgrundstück bezieht, kann der Prokurist beantragen. Er kann gegen die behördliche Einweisung von Obdachlosen in Büroräume oder in werkseigene Wohnungen die entsprechenden Rechtsbehelfe ergreifen. Der Prokurist eines Tabakwarengroßhändlers, der auch en detail verkauft, kann die Erlaubnis zum Kleinhandel mit Branntwein nach § 1 GaststG beantragen. Diese Handlung wird von seiner Prokura gedeckt, da auch der Kleinhandel mit Branntwein zum Betrieb eines Handelsgewerbes gehört.

Der Prokurist kann aufgrund der Prokura keine Zustellungen entgegennehmen, die den Geschäftsherrn persönlich betreffen und die keinen Bezug zum Betrieb des Geschäfts haben (3). Auch die Anbringung eines Baugesuches für ein privates Wohnhaus des Geschäftsherrn gehört nicht zum Betrieb des Handelsgewerbes und ist damit der Vertretungsmacht des Prokuristen entzogen.

Die Handlungsvollmacht berechtigt gegenüber der Prokura zu allen Geschäften, die der Betrieb eines derartigen Handelsgewerbes oder die Vornahme des einzelnen Geschäfts, zu der sie erteilt ist, gewöhnlich erfordern. Der

(1) Vergl. Geßler-Hefermehl, a.a.O., Anm.2 zu § 49 HGB.

(2) Vergl. Geßler-Hefermehl, a.a.O., Anm.2 zu § 49 HGB.

(3) Beispiel: Entgegennahme des Musterungsbescheides für den Inhaber des Betriebes; arg. aus § 8 ZustG.

Handlungsbevollmächtigte darf also nur solche verwaltungsrechtlichen Geschäfte mit Wirkung für seinen Geschäftsherrn vornehmen, welche in dem betreffenden Handelsgewerbe unter Berücksichtigung des dem Handlungsbevollmächtigten zugewiesenen Geschäftsbereich üblich sind (1).

Alle Willenserklärungen verwaltungsrechtlicher Art, die den speziellen Zielen dieses Geschäfts dienen, kann er vornehmen. Er kann die Verlängerung der Betriebserlaubnis für Gastwirtschaften beantragen, wenn Gegenstand des Handelsgewerbes der Betrieb von Gastwirtschaften ist. Er kann aber nicht als Handlungsbevollmächtigter eines Tabakhändlers die Kleinhandelserlaubnis für Branntwein beantragen. Das würde den Rahmen des Betriebes des ausgeübten Handelsgewerbes überschreiten.

Im übrigen geht die Wirksamkeit der Handlungsvollmacht in verwaltungsrechtlicher Hinsicht soweit wie die der Prokura, mit den Beschränkungen auf Handlungen, die das spezielle Geschäft oder der Geschäftskreis erfordern.

Auch bei der Vertretungsmacht der Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft, bei denen zwar eine Beschränkung auf die Geschäfte der Gesellschaft nicht ausdrücklich vorgesehen ist, gilt die Vertretungsmacht für verwaltungsrechtliche Geschäfte in den Grenzen des Betriebs des Handelsgewerbes. Handlungen, die mit dem Betrieb nicht in irgendeiner Weise zusammenhängen, kann der Gesellschafter der OHG nicht mit Wirkung für die Gesellschaft vornehmen. Dabei kann es sich aber nur um höchstpersönliche Rechte oder Pflichten der einzelnen Gesellschafter handeln; denn alles, was die Gesellschaft oder die einzelnen Gesellschafter in ihrer Beziehung zur Gesellschaft angeht, kann von dem vertretungsberechtigten Gesellschafter mit Wirkung für und gegen die übrigen Gesellschafter erledigt werden.

Zu allen diesen gesetzlich umschriebenen Vollmachten ist zu bemerken, daß sie sich als Generalvollmachten für bestimmte Lebensgebiete darstellen und als solche zur Wahrnehmung aller Interessen, die in diesem Rahmen auftreten, berechtigen. Dabei kann es keinen Unterschied machen, ob diese Interessen auf privatrechtlichem, verwaltungsrechtlichem oder steuerrechtlichem Gebiet liegen.

Bei der engen Verknüpftheit des modernen Geschäftsbetriebes mit den einzelnen rechtlichen Erscheinungen des Verwaltungsrechts ist eine Vollmacht, die zur Führung eines Betriebs oder des Teiles dieses Betriebs berechtigt, verwal-

(1) Geßler-Hefermehl, a. a. O., Anm. 2 zu § 54 HGB.

tungsrechtlich weit auszulegen. Natürlich werden verwaltungsrechtliche Handlungen bei der Leitung eines Gewerbebetriebes weniger häufig vorkommen als zivilrechtliche Willenserklärungen. Diese verwaltungsrechtlichen Handlungen können aber für die Geschäftsführung und den Bestand des ganzen Betriebes entscheidend sein (1).

Die Beschränkung des Umfangs der Vertretungsmacht durch Gesetz rechtfertigt die Annahme, daß sie auch zur Vornahme verwaltungsrechtlicher Handlungen berechtigt. Es wäre unsinnig, wollte man in dieser Beziehung eine Trennung in Aufgaben privatrechtlicher und öffentlich-rechtlicher Art vornehmen und jeweils eine gesonderte Vollmacht für die beiden Rechtsgebiete verlangen. Ob die einzelne Handlung in den Rahmen des Betriebes und des Gewerbes fällt, ist unter Heranziehung der im Zivilrecht herausgearbeiteten Grundsätze zu entscheiden.

Dritter Abschnitt: Der Umfang der gesetzlichen Vertretungsmacht

Das Verwaltungsrecht schreibt in den unter Gruppe B aufgezählten Regelungen vor, daß der gesetzliche Vertreter für den nicht voll Geschäftsfähigen handeln muß. Aber auch außerhalb dieser normierten Fälle muß der gesetzliche Vertreter dann für den nicht voll Geschäftsfähigen auftreten, wenn diese Handlung zum Wirkungskreis gehört, den der gesetzliche Stellvertreter zu bewältigen hat. Ist dieser Bereich sachlich begrenzt, wie das in der Regel zum Beispiel bei der Pflegschaft der Fall ist, kann sich die Fähigkeit, verwaltungsrechtlich als Vertreter zu handeln, nur auf diese sachlich beschränkten Gebiete beziehen. Ist die gesetzliche Vertretungsmacht nicht begrenzt, muß der Vertreter in allen Fällen, in denen nicht der Vertretene infolge der Bindung des Rechts an seine Person selbst zu handeln hat, für den nicht voll Geschäftsfähigen auftreten.

Der Umfang der gesetzlichen Vertretungsmacht im Verwaltungsrecht richtet sich also nach dem Wirkungsbereich, für den der gesetzliche Vertreter zu handeln hat (2).

-
- (1) Anmeldung der Arbeitnehmer bei den Sozialversicherungsträgern, Einbehaltung und Abführung der entsprechenden Beiträge und der Lohnsteuer; Erfüllung gewerberechtlicher und arbeitsrechtlicher Auflagen und Sicherungsmaßregeln usw.
 - (2) Vergl. Forsthoff, a. a. O., S. 168.

Beispiel: Die Ehefrau kann im Rahmen der Schlüsselgewalt die Radio- und Fernsehgebühren mit Wirkung für ihren Ehemann bezahlen.

Ausgenommen von der gesetzlichen Vertretungsaufgabe sind alle die Handlungen, denen das Gesetz Wirksamkeit zuerkennt, obwohl der Handelnde unter gesetzlicher Vertretung steht. Betreibt der Minderjährige mit Ermächtigung des gesetzlichen Vertreters und Genehmigung des Vormundschaftsgerichts (§§ 112, 1823 BGB) ein Erwerbsgeschäft, so ist er für alle in diesem Betrieb anfallenden Rechtsgeschäfte, wenn auch mit Beschränkung auf diese, voll geschäftsfähig (§ 112 BGB). Verwaltungsrechtliche Handlungen, die dieses Erwerbsgeschäft mit sich bringt, wie Erlaubnisanträge, Anmeldungen, Baugesuche usw. kann der Minderjährige selbst wirksam vornehmen. Er ist insofern nicht an die Entscheidung seines gesetzlichen Vertreters gebunden; dessen Vertretungsmacht ist insoweit beschränkt.

Auch die Entscheidung über die Bestimmung des religiösen Bekenntnisses kann ab dem 14. Lebensjahr der Minderjährige treffen, ohne daß der gesetzliche Vertreter mitzuwirken braucht (1).

Die gesetzliche Vertretungsmacht deckt die Vornahme von verwaltungsrechtlichen Handlungen, die im Interesse des nicht voll Geschäftsfähigen liegen, soweit der Vertretene nicht selbst zur Vornahme dieser Handlungen befähigt ist (2).

Vierter Abschnitt: Die Vertretungsbefugnis des Konkurs-, Nachlaß- und Zwangsverwalters im Verwaltungsrecht

Die einzelnen Verwalter, Konkurs-, Nachlaß- und Zwangsverwalter sowie der Testamentsvollstrecker sind in ihren Aufgaben und ihrer Handlungsweise an die zu erreichenden Zwecke ihrer speziellen Vermögensverwaltung gebunden. Ihre Tätigkeit ist zeitlich und im Wirkungskreis auf die Verwaltung des Vermögens, das dem Inhaber ganz oder teilweise entzogen ist, beschränkt. Die Frage des Umfangs der Vertretungsmacht stellt sich nur dann, wenn man der Auffassung ist, die einzelnen Verwalter seien nicht Träger eines Amtes, sondern echte Stellvertreter der Inhaber der ihrer Verwaltung unterstehenden Vermögensmasse. Wenn die Verwalter als Amtsträger handeln, werden sie aus eigenem Recht, dem Amt, befähigt, Handlungen vorzunehmen, die in

(1) § 5 G über religiöse Kindererziehung.

(2) ebenso Art. 16 EWRV.

ihrer rechtlichen Wirkung die ihnen anvertraute Vermögensmasse treffen(1).

Die Vertreter der Ansicht, die Verwalter seien gesetzliche Stellvertreter der Inhaber des Vermögens (2), müssen dann noch die Frage des Umfangs der Vertretungsmacht im Verwaltungsrecht prüfen.

Die angedeutete Zweckbindung der Tätigkeit des Verwalters bietet einen wichtigen Anhaltspunkt für den Umfang ihrer Vertretungsmacht und deren Wirksamkeit im Verwaltungsrecht. Der Verwalter ist befugt, verwaltungsrechtliche Handlungen mit Wirkung für und gegen den Inhaber der Vermögensmasse vorzunehmen, wenn diese Handlungen sich auf diese Vermögensmasse beziehen und der Erreichung des Verwaltungszwecks dienen (3). Die einzelnen Befugnisse der Verwalter sind durch Gesetz umschrieben (4). Damit wird auch der Rahmen für den Umfang ihrer Vertretungsmacht im Verwaltungsrecht abgesteckt.

Alle Handlungen, die nicht die Vermögensmasse und den Zweck der Verwaltung betreffen, kann der Verwalter nicht mit Wirkung auf den Vermögensinhaber vornehmen. Dazu reicht seine Vertretungsmacht nicht aus (5). Alle verwaltungsrechtlichen Angelegenheiten, die dem Zweck der Vermögensverwaltung entsprechen, werden von der Vertretungsmacht des Verwalters umfaßt.

9. Kapitel: Die Erteilung und das Erlöschen der Vollmacht

Erster Abschnitt: Die Erteilung der Vollmacht

Die Vollmacht, die den Stellvertreter zur Vornahme verwaltungsrechtlicher

- (1) So hat die Praxis sich entschieden: vergl. Mentzel-Kühn, a. a. O., Anm. 9 f zu § 6 KO.
- (2) Vergl. Rosenberg, a. a. O., S. 164 ff.
- (3) Beispiel: Konkursverwalter beantragt die Verlängerung der Polizeistunde, der Tanzerlaubnis für den Gaststättenbetrieb des Gemeinschuldners; der Zwangsverwalter zahlt fällige Anliegerbeiträge.
- (4) Vergl. §§ 1985, 2203, 2205, 2206, 2207, 2212 BGB; § 152 ZVG; § 6 KO.
- (5) Das wäre z. B. der Fall, wenn der Konkursverwalter für den Gemeinschuldner einen Reisepaß beantragen würde.

Handlungen befähigen soll, kann in den Formen, die das bürgerliche Recht in § 167 BGB vorschreibt, erteilt werden. Es entspricht auch den Anforderungen des Verwaltungsrechts, wenn die Erklärung gegenüber dem Bevollmächtigten oder der Behörde abgegeben wird, der gegenüber die Vertretung stattfinden soll. Wird die Bevollmächtigung der Behörde nicht mitgeteilt, hat sie beim Auftreten des Vertreters die Möglichkeit, etwaige Zweifel an der Wirksamkeit der Vertretungsmacht durch Nachprüfung des zugrunde liegenden Rechtsverhältnisses und den Nachweis der Vollmacht auszuräumen.

Auch die im bürgerlichen Recht unter analoger Anwendung der §§ 168 Abs. 1, 171 BGB entwickelte Möglichkeit, Vollmacht zu erteilen durch eine an eine unbestimmte Personenmehrheit gerichtete öffentliche Bekanntmachung (1), muß im Verwaltungsrecht zugelassen werden (2). Der Nachweis der Vollmacht ist dann leichter zu führen, als wenn sie nur dem Bevollmächtigten gegenüber erklärt wurde.

Zweiter Abschnitt: Die Form der Erteilung der Vollmacht

Das Verwaltungsrecht hat in den gesetzlichen Regelungen, die von Stellvertretung sprechen, nichts über die Form der Erteilung der Vollmacht vorgeschrieben. Für das bürgerliche Recht genügt zur Wirksamkeit der Vollmacht deren formlose Erteilung (§ 167 Abs. 2 BGB).

Das Zivilrecht verlangt in größerem Umfang die Einhaltung besonderer Formvorschriften beim Abschluß bestimmter Rechtsgeschäfte als das Verwaltungsrecht. Wenn dort die Vollmacht, die zu einem formgebundenen Rechtsgeschäft befähigen soll, an keine Form gebunden ist, kann sich auch das anpassungsfähigere Verwaltungsrecht mit der formlosen Erteilung der Vollmacht begnügen. Die Einschränkungen, die das Zivilrecht für die Formfreiheit vorsieht, wenn die Erteilung der Vollmacht ihrer praktischen Wirkung nach an die Stelle des formgebundenen Geschäfts treten soll (3), brauchen im Verwaltungsrecht nicht beachtet zu werden. Im Verwaltungsrecht gibt es keine Rechtsgeschäfte Privater, die ohne behördliche Willenserklärung bereits eine endgültige Verpflichtung des Bürgers hervorrufen. Dies kann vielmehr nur das behördliche Rechtsgeschäft, der Verwaltungsakt oder beim öffentlich-rechtlichen Vertrag die Übereinstimmung der beiden Willenserklärungen bewirken.

(1) Vergl. Staudinger-Coing, Anm. 6 zu § 167 BGB.

(2) Ebenso Art. 17 EWVRO.

(3) Vergl. Staudinger-Coing, a. a. O., Anm. 7a zu § 167 BGB.

Soweit sich die Rechtsbeziehungen nicht auf fiskalischer Ebene abspielen und zivilrechtlich zu beurteilen sind (1), ist das Verwaltungsrecht nicht an Formvorschriften mit dem Sinn und der Bedeutung des § 313 BGB gebunden. Die Erteilung der Vollmacht kann also in jedem Fall ohne besondere Form erfolgen. In vielen Fällen läßt sich die Verwaltung aber von der Existenz einer Vollmacht nur durch eine schriftlich erteilte Vollmacht überzeugen. Dazu ist die Verwaltung auch berechtigt, um den Gefahren einer nutzlosen Tätigkeit zu entgehen.

Dritter Abschnitt: Das Erlöschen der Vollmacht - beim Konkurs des Vollmachtgebers oder des Bevollmächtigten, - der Widerruf

Das Bürgerliche Recht hat in § 168 BGB die zeitliche Dauer der Vollmacht an das ihrer Erteilung zugrunde liegende Rechtsgeschäft gebunden. Die Beendigung dieses Rechtsverhältnisses kann durch Kündigung, Rücktritt, Erlöschen durch Zeitablauf oder Erreichen des Zwecks, durch Erfüllung eintreten. Daneben bleibt der Parteidisposition die Möglichkeit, die Dauer der Vollmacht im Rahmen des Innenverhältnisses in beliebiger Weise zu ordnen. Das Verwaltungsrecht muß das der Vollmacht zugrunde liegende Rechtsverhältnis als zivilrechtliche Vorfrage und damit nach bürgerlich-rechtlichen Vorschriften behandeln. Da es also auf dieses Rechtsgeschäft eingehen muß, kann auch im Verwaltungsrecht die Dauer der Vollmacht an dieses Rechtsverhältnis gebunden werden und das Bestehen der Vollmacht nach diesem Rechtsverhältnis entschieden werden.

In den Fällen, in denen das Verwaltungsrecht Vorschriften über die Person des Stellvertreters erlassen hat, wird mit Wegfall des Stellvertreters die Vollmacht gegenstandslos. Wenn der Stellvertreter eines Gewerbetreibenden (2) stirbt, ist dessen Vertreterstellung hinfällig, da die Vertretererlaubnis an seine Person gebunden war. Auch wenn keine Bindung an eine bestimmte Vertreterperson vorliegt, erlischt die Vollmacht mit dem Tode des Stellvertreters (3). Der Vollmachtgeber muß dann einen neuen Vertreter bestellen.

(1) Vergl. Forsthoff, a.a.O., S.450.

(2) Vergl. § 15 Abs.2 MilChG; § 6 Abs.2 GaststG; § 9 G über Auswanderungswesen.

(3) arg. aus § 673 BGB; ebenso Art.53 Abs.1 Ziff.4 EWVRO.

Die Vollmacht dauert in der Regel über den Tod des Vollmachtgebers hinaus an (1), soweit im zugrunde liegenden Rechtsverhältnis nichts anderes bestimmt ist.

Es ist sinnvoll, daß der Vertreter einen Auftrag, der verwaltungsrechtliche Bedeutung hat, ausführen und zu Ende bringen kann, wenn der Träger des Rechts gestorben und das Recht nicht mit seinem Tod erloschen ist. Das Recht muß aber noch weiter bestehen, da sonst auch Vertretungshandlungen mit Wirkung auf dieses Recht undenkbar sind. Auch im öffentlichen Interesse muß ein Vertreter die laufenden Geschäfte weiterbetreiben können, bis sich die Erben entscheiden, ob sie ihn als Vertreter weiter handeln lassen wollen oder nicht. Erst wenn die Erben mit dem Widerruf eine gegenteilige Feststellung treffen, wird die Vollmacht des Vertreters beendet. Bis dahin kann es von Wichtigkeit sein, daß der Stellvertreter in Kenntnis der betrieblichen Vorgänge die Rechte und Pflichten seiner Vollmacht ausübt. Die Erben müssen sich entscheiden, ob sie das Vertretungsverhältnis weiter dulden oder den Stellvertreter abberufen wollen.

Nach § 23 KO erlischt ein vom Gemeinschuldner erteilter Auftrag mit der Eröffnung des Konkurses, es sei denn, der Auftrag beziehe sich nicht auf das zur Konkursmasse gehörige Vermögen. An die Stelle des Gemeinschuldners und des bisherigen Beauftragten tritt der Konkursverwalter, da dem Gemeinschuldner mit Konkurseröffnung die Verfügungsbefugnis über die Vermögensmasse, die dem Konkurs unterliegt, entzogen wird. Soweit der Gemeinschuldner also eine Willensentscheidung nicht mehr treffen kann, kann dies auch der Stellvertreter nicht anstelle des Gemeinschuldners. Mit der Beendigung des Auftrags, Dienst- oder Werkvertrages erlischt die Vollmacht. Die einem Stellvertreter vor Konkurseröffnung erteilte Vollmacht mit Bezug auf das Verwaltungsrecht erlischt insoweit, als die verwaltungsrechtlichen Handlungen des Vertreters die Vermögensmasse betrafen, die nunmehr dem Konkurs unterliegt.

Der Konkurs über das Vermögen des Stellvertreters beendet die Vollmacht nicht, da die Vertretungsmacht die Verfügungsbefugnis über das Vermögen des Vollmachtgebers, also über fremdes Vermögen bedeutet. Der Gemeinschuldner verliert aber nur die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis über das ihm gehörige, dem Konkurs unterliegende Vermögen. Soweit die Vollmacht-

(1) §§ 672, 673 BGB; anders Art. 53 Abs. 1 Ziff. 3 EWVRO.

ausübung eine Verfügung über das zur Konkursmasse gehörige Vermögen enthält, ist die Handlung unwirksam (1).

Aus § 168 BGB ergibt sich, daß die Zulässigkeit des Widerrufs vom Innenverhältnis zwischen Vertretenem und Vertreter abhängig ist. Soweit im zugrunde liegenden Rechtsgeschäft nichts anderes bestimmt ist, ist die Vollmacht frei widerruflich (2). Die Frage, wie der Widerruf zu erfolgen hat, läßt sich mit § 168 BGB und den Ausführungen über die Erteilung der Vollmacht beantworten: Der Widerruf erfolgt durch Erklärung gegenüber dem Bevollmächtigten oder der Behörde. Mit dem Widerruf erlischt die Vollmacht. Alle Handlungen, die der Vertreter bis dahin vorgenommen hat, bleiben wirksam, während in Zukunft dem Vertreter die Vertretungsmacht fehlt.

10. Kapitel: Die Geschäftsfähigkeit des Stellvertreters

In den einzelnen Vorschriften der Gruppe A sind für den Gewerbeinhaber bestimmte persönliche Erfordernisse aufgestellt, die auch für den Fall der Stellvertretung beim Vertreter vorliegen müssen (3). Über die Geschäftsfähigkeit des Stellvertreters wird in diesen Fällen nichts gesagt. Soweit in Ausübung des Gewerbes verwaltungsrechtliche Handlungen vorgenommen werden, müssen die Grundsätze des Verwaltungsrechts über die Geschäftsfähigkeit herangezogen werden. Das Verwaltungsrecht trifft für bestimmte Einzelfälle Regelungen über die Geschäftsfähigkeit, die vom Zivilrecht abweichen (4). In diesen Vorschriften wird für ganz bestimmte öffentlich-rechtliche Rechtsbeziehungen entschieden, wann der einzelne Bürger die Geschäftsfähigkeit zur Vornahme einer entsprechenden Handlung besitzt. Im Zivilrecht ist für die gesetzlichen Vertreter durch Sonderregelungen vorgeschrieben, daß ein beschränkt Geschäftsfähiger oder Entmündigter nicht als gesetzlicher Vertreter handeln kann (5). Das Verwaltungsrecht ist in bezug auf die gesetzlichen

(1) Vergl. Staudinger-Coing, a.a.O., Anm.11 b zu § 168 BGB.

(2) Vergl. Lehmann, a.a.O., § 35 V 5; Staudinger-Coing, a.a.O., Anm. 12 zu § 168 BGB; ebenso Art.53 Abs.1 Ziff.1 und Abs.3 EWVRO.

(3) Vergl. § 45 GewO; § 15 Abs.3 Satz 2 MilchG.

(4) Aufzählung bei Wolff, Verwaltungsrecht, S.167.

(5) Vergl. §§ 1673; 1781, 1915; 1885, 1915 BGB; Müller-Freienfels, a.a.O., S.32.

Vertreter an die Entscheidungen des Zivilrechts gebunden.

Für den gewillkürten Stellvertreter entscheidet sich das BGB dahin, daß Personen, die in der Geschäftsfähigkeit beschränkt sind, Vertreter sein können, da die von ihnen abgeschlossenen Rechtsgeschäfte nur für und gegen den Geschäftsherrn rechtliche Wirkungen hervorbringen. Soweit die Stellvertretung im Verwaltungsrecht keine Rechtsfolgen in der Person des Vertreters herbeiführt, kann dieser Grundsatz auch im Verwaltungsrecht angewendet werden. Im Rahmen der Vertragsfreiheit kann es sich der Vertretene überlegen und entscheiden, ob er eine geschäftsunfähige Person für fähig hält, seine Interessen der Verwaltung gegenüber in der richtigen Art und Weise zu wahren. Niemand wird gezwungen, einen Minderjährigen zum Vertreter zu bestellen (1). Der Vertretene darf sich nicht beklagen, wenn der Vertreter später bei seinen Verhandlungen mit der Verwaltung versagt. Der Verwaltung kann das gleichgültig sein, da sie sich an den Vertretenen halten kann.

Werden durch die Stellvertretung nicht nur Rechtsfolgen beim Vertretenen herbeigeführt, sondern gleichzeitig auch Verpflichtungen des Vertreters begründet, kann der Minderjährige nicht als Stellvertreter handeln. So wird man davon ausgehen müssen, daß der Stellvertreter eines Gastwirts nicht in der Geschäftsfähigkeit beschränkt sein darf, weil ihm aufgrund seiner Stellvertretung die Verpflichtung auferlegt wird, den gleichen Vorschriften nachzukommen, die selbständige Gewerbetreibende beachten müssen. Bei Nichteinhaltung dieser Vorschriften treffen ihn nach § 151 GewO die entsprechenden Strafen.

Auch im Verwaltungsrecht müssen die Grundgedanken der §§ 104 ff BGB ergänzend herangezogen werden, die einen Schutz des nicht voll Geschäftsfähigen bezwecken. In Anwendung des Grundgedankens des § 107 BGB bedarf der Minderjährige der Genehmigung seines gesetzlichen Vertreters, wenn er eine Stellvertretung übernehmen will, bei der ihn selbständige Verpflichtungen treffen.

Eine andere Frage ist, ob die Vollmachtserteilung zur Vornahme einer verwaltungsrechtlichen Handlung an einen Minderjährigen als Rechtsgeschäft wegen der Minderjährigkeit des Vertreters rechtswirksam ist. Das ist eine Frage der Genehmigung des Rechtsgeschäfts der Bevollmächtigung durch den gesetzlichen Vertreter des Minderjährigen. Damit wird nicht entschieden, ob die vorgenommenen Handlungen des Minderjährigen wirksam sind.

Für das Verwaltungsrecht kann als Ergebnis festgehalten werden, daß die be-

(1) Vergl. Soergel, a. a. O., Anm. 2 zu § 165 BGB.

schränkte Geschäftsfähigkeit des Stellvertreters die Wirksamkeit seiner Erklärungen solange nicht beeinträchtigt, als aus dieser Erklärung in der Person des Vertreters Rechtsfolgen nicht entstehen. Andernfalls bedarf er dazu der Genehmigung seines gesetzlichen Vertreters unter Anwendung des Rechtsgedankens des § 107 BGB.

11. Kapitel: Gelten auch im Verwaltungsrecht die Grundsätze über Rechtsscheins- und Duldungsvollmacht für die Stellvertretung Privater ?

Die im Zivilrecht entwickelten Grundsätze über die Rechtsscheinsvollmacht und ihre Anwendung im Verwaltungsrecht waren verschiedentlich Gegenstand von Entscheidungen. Dort handelte es sich jeweils um die Frage, ob auf das Handeln der juristischen Personen des öffentlichen Rechts im Rahmen des Verwaltungsrechts die Grundsätze über Rechtsscheinsvollmacht angewendet werden können (1).

Im Gegensatz zu früherer Rechtsprechung (2) wird das abgelehnt, und zwar mit der Begründung, die Zuständigkeitsbestimmungen der Vertretung der öffentlichen Hand im rechtsgeschäftlichen Verkehr seien Schutzbestimmungen für das Vermögen von Staat, Gemeinden und anderer juristischer Personen des öffentlichen Rechts. Das öffentliche Interesse in der Einhaltung dieser Bestimmungen und damit der Erhaltung des fiskalischen Vermögens müsse der Rücksichtnahme auf Treu und Glauben im Verhältnis zum Drittkontrahenten vorgehen (3).

Abgesehen davon, daß diese Entscheidungen fiskalische Betätigung der juristischen Personen des öffentlichen Rechts und ihrer Behörden zum Gegenstand haben, untersteht das Handeln Privater im Rahmen des Verwaltungsrechts nicht den speziellen Organisationsnormen, wie sie für juristische Personen des öffentlichen Rechts und ihre Organe aufgestellt sind.

-
- (1) Vergl. OHG brit. Zone Bd. 2, S. 319; BGH LM Nr. 1 zu § 36 DGO; OLG Braunschweig in MDR 1950, S. 237; OLG München in MDR 1953, S. 165 ff.
- (2) Vergl. RGZ Bd. 162, S. 129 (150 ff), Bd. 116, 247 (253), Bd. 122, S. 351.
- (3) Vergl. Staudinger-Coing, a. a. O., Anm. 10a zu § 167 BGB; a. A. Wolff in MDR 1953, S. 167.

Die Rechtsvollmacht kann bei Privaten nicht aus den Gründen abgelehnt werden, die von den angeführten Entscheidungen für das Handeln der Behörden als maßgebend angesehen wurden (1).

Hier ist die Fragestellung Jellineks (2) berechtigt, ob es für das Verwaltungsrecht einen einleuchtenden Grund geben könne, eine Vollmachtserteilung, hier kraft Rechtsscheins, zu verbieten. Es kann auch im Verwaltungsrecht vorkommen, daß jemand als Vertreter auftritt und vorgibt, für einen anderen zu handeln, wobei die Behörde dem Verhalten des Vertreters nach Treu und Glauben entnehmen durfte, der Geschäftsherr kenne und dulde das Verhalten des für ihn auftretenden Vertreters.

Beispiel: Bei der Verkehrsbehörde der Stadt erscheint häufig ein Angestellter einer Autohandelsfirma, um An- und Ummeldungen von Kraftfahrzeugen vorzunehmen. Dabei handelt es sich um die Beschaffung von polizeilichen Kennzeichen für teils firmeneigene, teils aber auch für Kundenfahrzeuge. Dieser Angestellte beantragt eines Tages mündlich, ohne Vorlage einer Vollmacht, die Genehmigung, ausnahmsweise an einem Sonntag mit einem firmeneigenen Lastkraftwagen Transporte durchführen zu dürfen, da sonst die zu liefernden Personenwagen nicht fristgerecht beschafft werden könnten. Die Verkehrsbehörde erteilt nach § 46 Abs. 2 StVO die beantragte Erlaubnis. Die Autohandelsfirma weigert sich, die für die Erlaubnis geforderte Gebühr zu bezahlen, mit dem Bemerkten, sie habe ihrem Angestellten keine Vollmacht erteilt.

Wenn man auf diesen Fall die Grundsätze der Anscheinsvollmacht anwendet, dann lag eine verwaltungsrechtlich erhebliche Vollmacht vor. Durch das wiederholte Auftreten des Angestellten waren der Behörde Anhaltspunkte für die Erteilung einer Vollmacht an ihn gegeben. Der gestellte Antrag lag auch nicht außerhalb des Rahmens der in den sonstigen Fällen der Behörde gegenüber geäußerten Tätigkeit des Angestellten. Problematischer und darüber hinaus Tatfrage ist, ob der Inhaber der Firma in der Lage war, zu erkennen, daß sein Angestellter ohne ausdrückliche Bevollmächtigung auftritt, und er dies verhindern konnte. Hier liegen auch die Schwierigkeiten für eine Anwendung der Grundsätze über die Zulässigkeit der Anscheinsvollmacht im Verwaltungsrecht. Die Behörde, die sich darauf beruft, muß gutgläubig sein. Sie muß also ohne Fahrlässigkeit angenommen haben, der Stellvertreter sei von sei-

(1) Die Richtigkeit der Entscheidungen ist u. a. verneint worden von Nipperdey in JZ 1952, S. 577 f; Scholz in NJW 1953, S. 961 ff; vergl. Staudinger-Going, a. a. O., Anm. 10 c zu § 167 BGB.

(2) Vergl. Jellinek, a. a. O., S. 214.

nem Geschäftsherrn bevollmächtigt (1). Wenn die Behörde ohne nähere Nachprüfung von Unterlagen davon ausgeht, einem Vertreter sei wirksame Vollmacht erteilt, handelt sie fahrlässig. Da sie sich die Vollmacht nachweisen lassen kann, bedeutet es für die Behörde ein Handeln gegen den Grundsatz von Treu und Glauben, wenn sie sich auf das Verhalten des Geschäftsherrn stützen will und sie dabei die ihr gebotene Sorgfalt außer acht läßt.

In der Regel wird also eine Anscheinsvollmacht im Verwaltungsrecht nicht möglich sein, da die Behörde verpflichtet ist, den Bestand der Vollmacht nachzuprüfen. Wenn aber einmal alle Voraussetzungen erfüllt sind, die das Zivilrecht bei der Annahme einer Anscheinsvollmacht aufstellt, und die Behörde nicht gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstößt, ist auch im Verwaltungsrecht von einer Vollmacht kraft Rechtsscheins auszugehen.

Da die Vollmacht, die durch eine Duldung entsteht, auf einer stillschweigend erteilten Willenserklärung beruht, kann sie auch im Verwaltungsrecht Geltung beanspruchen. Sie wird durch schlüssiges Verhalten geäußert, setzt also voraus, daß der Geschäftsherr das Verhalten des Vertreters positiv kennt, daß er damit einverstanden ist und sein Einverständnis dadurch äußert, daß er gegen das Auftreten des Vertreters nichts unternimmt (2).

Es liegt eine rechtsgeschäftlich erteilte Vollmacht vor. Deswegen braucht auch die Behörde nicht mit Vermutungen und unter Anwendung allgemeiner Grundsätze zu entscheiden, ob eine Vertretungsmacht vorliegt. Sie schließt lediglich aus dem Schweigen des Geschäftsherrn auf eine stillschweigend erteilte Vollmacht. Kann die Behörde aus dem Verhalten des Geschäftsherrn und den Umständen beim Auftreten des Vertreters zu der Auffassung gelangen, der Geschäftsherr habe durch sein Schweigen eine Bevollmächtigung aussprechen wollen, so liegt eine wirksame Vertretungsmacht vor.

12. Kapitel: Ist auch im Verwaltungsrecht eine Stellvertretung ohne Vertretungsmacht möglich ?

Erster Abschnitt: Bei Verwaltungsakten

Im bürgerlichen Recht spricht man dann von einer Vertretung ohne Vertre-

(1) Vergl. Staudinger-Coing, a.a.O., Anm.91 zu § 167 BGB.

(2) Vergl. Staudinger-Coing, a.a.O., Anm.9 e zu § 167 BGB.

tungsmacht, wenn jemand im Namen eines anderen ein Rechtsgeschäft abschließt, ohne dazu Vertretungsmacht zu haben. Dabei kann die Vollmacht ganz fehlen, also weder ausdrücklich noch stillschweigend erteilt sein (1), oder aber der Vertreter kann den Umfang der ihm zustehenden Vertretungsmacht überschritten haben.

Der Geschäftsherr kann, wenn er für die Folgen der ungerufenen Vertretung durch den Geschäftsgegner haftbar gemacht wird, oder sobald er sonst von dem Geschäftsabschluß des Vertreters ohne Vertretungsmacht erfährt, dessen Handeln genehmigen oder durch Verweigerung der Genehmigung das Vertretergeschäft zunichte machen. Diese Regelung soll im Rahmen der Vertragsfreiheit des Zivilrechts dem Geschäftsherrn die Möglichkeit geben, sich vor von ihm ungewollten Folgen einer ungerufenen Vertretung zu schützen. Der Vertretene soll nicht vor die Ergebnisse des Handelns eines Vertreters gestellt werden, ohne daß er ohn dazu ermächtigt hat, und er sich nunmehr dagegen nicht mehr wehren kann.

Die Verwaltungsrechtswissenschaft hat sich weitgehend für eine Anwendung der Rechtsgrundsätze der §§ 177 ff BGB im Verwaltungsrecht ausgesprochen. Teilweise ist das in einer allgemeinen Erklärung ausgedrückt, die Vorschriften über die Stellvertretung seien anwendbar (2) - analog oder dem Rechtsgedanken nach - teilweise unter ausdrücklicher Bezugnahme auf §§ 177 ff BGB (3). Dabei sollen die Besonderheiten des Verwaltungsrechts als Gemeinschaftsrecht und die Rechtsgedanken der einzelnen verwaltungsrechtlichen Gesetze beachtet werden, die der Vertretung ohne Vertretungsmacht entgegenstehen könnten (4).

Das Zivilrecht und damit auch die Vorschriften über die Vertretung ohne Vertretungsmacht ist weitgehend auf die freiwillige Vereinbarung der Kontrahenten abgestellt, die ihren eigenen Interessen gemäß handeln. Es ist in aller Regel dahin formuliert, einen Ausgleich zwischen den von ihm gleichbewerten Interessen der einzelnen Bürger zu schaffen (5).

-
- (1) Vergl. Staudinger-Coing, a.a.O., Anm.2 zu §§ 177, 178 BGB.
 - (2) Vergl. Forsthoff, a.a.O., S.168; von Thur, a.a.O., S.369; LVG Koblenz in DÖV 1950, S.509; verneinend überhaupt: Turegg, a.a.O., S.107; Münzer, Die Anwendbarkeit von Rechtsgrundsätzen, S.19.
 - (3) Vergl. Wolff, a.a.O., S.175; Laforet, a.a.O., S.212.
 - (4) Vergl. Laforet, a.a.O., S.212.
 - (5) Vergl. Bergmann, a.a.O., S.23.

Gleichzeitig soll die ordnungsgemäße Ausgestaltung der Rechtsbeziehungen der Bürger untereinander erreicht werden. Um diesen Ausgleich zu garantieren, legen die Vorschriften über die Stellvertretung ohne Vertretungsmacht das entscheidende Gewicht auf die freiwillige Entscheidung des Geschäftsherrn und geben dem Dritten die Möglichkeit, sich bei negativer Entscheidung des Geschäftsherrn an den Stellvertreter zu halten.

Das Verwaltungsrecht soll aber nicht einen Ausgleich der widerstreitenden Privatinteressen schaffen. Es hat umfassendere Aufgaben als nur die Ausgestaltung der Rechtsbeziehungen zweier bestimmter an einem Rechtsverhältnis beteiligter Personen. Es soll die Bindungen der Bürger an den Staat, sowie die gemeinschaftsbezogenen Interessen der Bürger untereinander in solche Bahnen lenken, die garantieren, daß die vielfältigen Aufgaben des Staates reibungslos erfüllt werden (1). Im Verwaltungsrecht gestaltet der Staat als herrschaftliche Macht die Lebensbeziehungen der seiner Gewalt unterworfenen Personen, um damit seine gemeinschaftsbezogenen Aufgaben und Ziele durchzusetzen (2).

Im Zivilrecht liegt das Gewicht auf den freien Willensentscheidungen der Bürger, während im Verwaltungsrecht die hoheitliche Entscheidung in den Vordergrund tritt, die im Interesse der Gesamtheit von der verantwortlichen Instanz erlassen wird (3).

Im Hinblick auf diese Grundsätze darf der Staat keine Regelungen treffen, die nur das Privatinteresse eines einzelnen begünstigen. Vielmehr muß er darauf achten, daß die zu treffende Einzelregelung die Erfüllbarkeit der staatlichen Aufgaben gegenüber der Allgemeinheit fördert. Deswegen kann im Verwaltungsrecht nicht kraft Gesetzes ein Schwebezustand herbeigeführt werden, bei dem die Beteiligten und andere, nicht direkt beteiligte Personengruppen in Rechtsunsicherheit geraten. Zumindest darf diese Rechtsunsicherheit nicht durch die Anwendung der Rechtsgedanken über die Stellvertretung ohne Vertretungsmacht herbeigeführt werden, da sie vermieden werden soll,

- (1) Vergl. Giacometti, a.a.O., S.99; Wolff, a.a.O., S.11: "Öffentliche Verwaltung im materiellen Sinne ist die mannigfaltige, zweckbestimmte nur teilplanende, selbstbeteiligt durchführende und gestaltende Wahrnehmung der Angelegenheiten von Gemeinwesen und ihrer Mitglieder als solcher durch die dafür bestellten Organe des Gemeinwesens."
- (2) Vergl. Bergmann, a.a.O., S.23.
- (3) Vergl. Bergmann, a.a.O., S.23.

um die gestellten Aufgaben der Verwaltung und ihre Bewältigung nicht zu gefährden (1).

Der Einwand, auch die Anfechtung eines Verwaltungsakts bringe einen ähnlichen Schwebezustand und damit Rechtsunsicherheit mit sich, kann ausgeräumt werden, da menschliches Versagen nicht vermieden werden kann. Die Herbeiführung einer Unsicherheit durch Anwendung von Rechtsgrundsätzen, die im Verwaltungsrecht keinen Ausdruck gefunden haben, würde dem Prinzip der Ausfüllung einer Gesetzeslücke widersprechen. Mit der Beseitigung einer Gesetzeslücke durch Anwendung allgemeiner Rechtsgrundsätze soll die allgemeine Rechtssicherheit gefördert werden.

Auch aus der Stellung der an einem Verwaltungsrechtsverhältnis Beteiligten lassen sich Schlüsse auf die Zulässigkeit einer Stellvertretung ohne Vertretungsmacht ziehen.

Die Behörde, mit der der Private in Verbindung tritt, unterliegt in ihrem Wesen und Bestand anderen Grundsätzen als der Bürger. Der Strukturunterschied zwischen Privaten und juristischen Personen des öffentlichen Rechts und ihrer Organe bewirkt, daß ihre Existenz und ihr Handeln nach unterschiedlichen Gesetzen bewertet und beurteilt werden (2). Die Handlungen der hoheitlichen Tätigkeit der Verwaltung treten dem Privaten im Verwaltungsakt gegenüber (3). Die Verwaltungsrechtslehre und Rechtsprechung haben für diese Art der Tätigkeit besondere Regelungen und Voraussetzungen geschaffen, aus denen sich die grundlegende Verschiedenheit der Handlungen Privater und der Verwaltung ersehen lassen (4). Auf verschiedenen Gebieten ihres Handelns ist die Verwaltung an die Mitwirkung des betroffenen Bürgers gebunden. Die Mitwirkung beschränkt sich darauf, daß der Bürger in Form eines Antrags anzeigt, von einem bestimmten Recht Gebrauch machen zu wollen (5). Durch die Bindung der Verwaltung an den Antrag des Bürgers in bestimmten Fällen ist das Prinzip der freien Initiative der Verwaltung auf diesem Gebiet durchbrochen (6). Auch bei dieser Art von Verwaltungsakten, deren Wirksamkeit von der Stellung eines Antrags abhängig gemacht wird, untersteht das Handeln des Bürgers nicht den Regeln über das

(1) Vergl. Münzer, a.a.O., S.19.

(2) Vergl. Jellinek, a.a.O., S.250/251.

(3) Vergl. Forsthoff, a.a.O., S.180.

(4) Vergl. Forsthoff, a.a.O., A.181 ff; Jellinek, a.a.O., S.246 ff.

(5) Vergl. Forsthoff, a.a.O., S.194.

(6) Erlaubniss, Genehmigungen, vergl. Forsthoff, a.a.O., S.194.

Rechtsgeschäft der Verwaltung (1). Es widerspricht der öffentlich-rechtlichen Stellung und dem Wesen der Verwaltung, die Wirksamkeit ihres Handelns von einer nachträglichen Erklärung des betroffenen Bürgers abhängig zu machen.

Die Annahme eines Rechtsgedankens, wie er in § 177 Abs.1 BGB Ausdruck gefunden hat, würde bedeuten, daß ein Verwaltungsakt oder jede sonstige Handlung der Verwaltung nicht durch den Erlaß durch die zuständige Behörde, sondern aufgrund einer Entscheidung wirksam würde, die in ihrem Wesen dem hoheitlichen Handeln nicht gleichsteht.

Wenn ein Bürger keinen Verwaltungsakt erlassen kann, kann er auch nicht durch seine Willenserklärung einen schwebend unwirksamen Verwaltungsakt durch seine Genehmigung wirksam werden lassen. Ihm fehlen dazu die funktionellen Voraussetzungen, er ist nämlich keine Verwaltungsbehörde.

Genehmigen i. S. des § 177 BGB bedeutet, daß im Anschluß an eine Handlung, die ohne den Willen des Vertretenen vorgenommen wurde, die Handlungsweise des Vertreters durch den Geschäftsherrn gebilligt und deren Wirkung herbeigeführt wird. Dazu kann es bei den nicht mitwirkungsbedürftigen Verwaltungsakten nicht kommen. Die Mitwirkung des Privaten ist keine Voraussetzung für die Gültigkeit des Verwaltungsakts. Mit der Kundgabe an den Geschäftsherrn oder dessen Vertreter wird er wirksam. Will der Geschäftsherr den Verwaltungsakt nicht gegen sich gelten lassen, muß er ihn mit den dafür vorgesehenen Rechtsbehelfen anfechten. Es hängt aber nicht von seiner Genehmigung oder der Versagung der Genehmigung ab, ob der Verwaltungsakt rechtsgültig ist oder nicht. Unternimmt der Geschäftsherr nichts gegen den Verwaltungsakt, so wird er nach Ablauf der Rechtsmittelfristen rechtskräftig. Wenn er den Verwaltungsakt anfecht, muß er nicht den Mangel der Vertretungsmacht geltend machen und beweisen, sondern die sachliche Fehlerhaftigkeit des Verwaltungsakts angreifen. Die Anfechtbarkeit des Verwaltungsakts beruht nicht auf dem Mangel einer Vertretungsmacht, sondern kann nur in anderen Rechtsfehlern zu suchen sein. Der Verwaltungsakt wäre auch ohne die Stellung eines Antrags voll wirksam.

Bei den Verwaltungsakten, die nicht an eine Mitwirkung gebunden sind, unterliegt der Verwaltungsakt, der auf Anregung eines Vertreters ohne Vertretungsmacht erlassen wurde, nicht der Genehmigung des betroffenen Geschäftsherrn. Er kann nicht wegen mangelnder Vertretungsmacht als unwirksam oder

anfechtbar angesehen werden.

(1) Vergl. Forsthoff, a.a.O., S.181.

Zweiter Abschnitt: Bei mitwirkungsbedürftigen Verwaltungsakten

Die Anwendung der eben entwickelten Grundsätze stößt bei mitwirkungsbedürftigen Verwaltungsakten auf gewisse Schwierigkeiten.

In den Fällen, in denen das Handeln der Verwaltung grundsätzlich von der Mitwirkung des Betroffenen abhängig gemacht ist (1), liegt bei mangelnder Mitwirkung des vom Verwaltungsakt betroffenen Bürgers ein fehlerhafter Verwaltungsakt vor (2). Wenn die Mitwirkung des Bürgers Voraussetzung für die Gültigkeit des Verwaltungsaktes ist, könnte man annehmen, das Handeln der Privaten sei in diesem Fall so sehr an das Handeln der Behörde angeglichen, daß der Bürger einen Verwaltungsakt, der ohne seine Zustimmung ergangen und damit schwebend unwirksam ist, durch seine Genehmigung endgültig wirksam machen kann.

Wenn dem Bürger ein Antragsrecht gegeben wird, kann er einen Verwaltungsakt, der ohne seine erforderliche Mitwirkung entstanden ist, auch noch durch nachträgliche Genehmigung wirksam werden lassen (3). Der Verwaltungsakt, der auf den Antrag eines Vertreters ohne Vertretungsmacht erlassen wurde, kann von dem angeblichen Antragsteller durch die Genehmigung des Handelns seines Vertreters wirksam gemacht werden. Wenn der Verwaltungsakt dem Geschäftsherrn zugestellt wird und er dagegen nichts unternimmt, erhält er für den Geschäftsherrn Wirksamkeit. Die Voraussetzungen sind gegeben, unter denen er bei Vorliegen des Antrags in der Person des Geschäftsherrn wirksam werden kann. Mit der Genehmigung durch den Geschäftsherrn wird die ohne Vollmacht erklärte Willenserklärung des Vertreters ohne Vertretungsmacht zu einer Erklärung des Geschäftsherrn.

Will der angeblich Vertretene den Verwaltungsakt nicht gegen sich gelten lassen, muß er ihn mit den entsprechenden Rechtsmitteln anfechten. Er kann sich dann darauf berufen, zur Stellung des Antrags keine Vollmacht erteilt zu haben. Der Verwaltungsakt ist mangels Vollmacht nichtig, wenn der Betroffene keine Erklärung abgegeben hat, aus der eine nachträgliche Zustimmung zum Erlaß des Verwaltungsaktes zu ersehen ist.

Insoweit kann hier von einer Anwendbarkeit des allgemeinen Rechtsgedankens des § 177 Abs. 1 BGB im Verwaltungsrecht gesprochen werden (4).

(1) Beamtenernennung, Entlassung aus der Staatsangehörigkeit.

(2) Vergl. Otto Mayer, a. a. O., S. 151; Wolff, a. a. O., S. 253.

(3) Vergl. Wolff, a. a. O., S. 245.

(4) Vergl. Bergmann, a. a. O., S. 70.

Dritter Abschnitt: Bei öffentlich-rechtlichen Verträgen

Die Anwendbarkeit der Rechtsgedanken der Vorschriften über die Vertretung ohne Vertretungsmacht auf die Willenserklärungen der Privaten beim öffentlich-rechtlichen Vertrag begegnet keinen Schwierigkeiten.

Die Vertragspartner stehen sich gleichgeordnet gegenüber. Der übergeordnete Hoheitsträger sieht im speziellen Fall von der einseitigen Ausübung der ihm zustehenden Hoheitsgewalt ab (1). Diese Gleichordnung erlaubt es, auf den öffentlich-rechtlichen Vertrag die Rechtsgedanken des § 177 Abs.1 BGB anzuwenden.

Der öffentlich-rechtliche Vertrag besteht aus zwei gleichwertigen, gleichgerichteten Willenserklärungen, so daß die Bedenken gegen eine Anwendung der allgemeinen Rechtsgedanken der Stellvertretung ohne Vertretungsmacht mit der Möglichkeit einer Genehmigung durch den Geschäftsherrn nicht auftreten. Die Erklärungen der am Vertrag Beteiligten werden gleichmäßig behandelt. Das Rechtsgeschäft wird nicht durch einseitigen Hoheitsakt, sondern durch gleichgeordnete und gleichgerichtete Willenserklärungen herbeigeführt. Der Vertrag unterliegt nicht den Sondervorschriften über den Verwaltungsakt, sondern wird eigenen, aus dem Zivilrecht übertragenen Rechtsgedanken unterstellt.

Die Erklärungen, die ein am öffentlich-rechtlichen Vertrag beteiligter Vertreter ohne Vertretungsmacht abgegeben hat, unterliegen in ihrer Wirksamkeit der Entscheidung des Geschäftsherrn. Er kann durch Genehmigung den schwebend unwirksamen Vertrag endgültig wirksam machen oder durch deren Verweigerung vernichten.

Vierter Abschnitt: Kann auch der Rechtsgedanke des § 177 Abs.2 BGB im Verwaltungsrecht angewendet werden ?

Wenn eine Behörde davon erfährt, daß sie einen Verwaltungsakt erlassen hat, ohne daß der aufgetretene Vertreter zur Stellung des Antrags bevollmächtigt war, kann sie den betroffenen Geschäftsherrn zur Erklärung über die Genehmigung auffordern. Das ist keine Verpflichtung der Behörde, weil der Betroffene sich gegen den Verwaltungsakt wehren muß, wenn er ihn nicht gegen sich gelten lassen will. Eine vom Geschäftsherrn auf diese Aufforderung hin erklärte Genehmigung ist in den Fällen von rechtlicher Bedeutung, in

(1) Vergl. Salzwedel, a.a.O., S.40/41; Stern, VerwArch Bd.49, S.157.

denen eine Vertretung ohne Vertretungsmacht überhaupt möglich ist. Da es Sache des Geschäftsherrn ist, einen gegen seinen Willen vom Vertreter ohne Vertretungsmacht herbeigeführten Verwaltungsakt, den er nicht gegen sich wirksam werden lassen will, anzufechten, braucht die Behörde ihn nicht aufzufordern, sich über eine eventuelle Genehmigung zu erklären.

Darüber hinaus bieten die speziellen Vorschriften des Verwaltungsrechts und die Lehre über den Verwaltungsakt eigene Möglichkeiten der Anfechtung und des Widerrufs (1). Eine echte Lücke im Verwaltungsrecht liegt aufgrund dieser Spezialregelungen nicht vor, so daß sich eine hilfswise Anwendung anderer, im Verwaltungsrecht nicht niedergelegter Rechtsgrundsätze verbietet.

Die Vorschrift des § 177 Abs. 2 BGB ist zudem auf die gleichgeordnete Rechtssphäre der am Zivilrecht beteiligten Personen abgestellt. Das Verwaltungsrecht hat andere Mittel, das Ergebnis zu erzielen, das die genannte Vorschrift als Ausgleich der Interessen der Bürger untereinander im Zivilrecht erreichen will.

Auch die Anwendbarkeit des Rechtsgedankens des § 178 BGB scheitert an der speziellen Regelung des Verwaltungsrechts über den Widerruf von Verwaltungsakten (2). Wo das Verwaltungsrecht eigene Normen aufgestellt hat, brauchen keine Lücken durch Heranziehung der Rechtsgedanken zivilistischer Vorschriften ausgefüllt zu werden.

Fünfter Abschnitt: Haftung des Vertreters ohne Vertretungsmacht ?

Nach § 179 BGB kann der Vertragspartner bei Ablehnung der Genehmigung durch den Vertretenen sich an den angeblich bevollmächtigten Vertreter halten. Hat der Vertreter einen Vertrag geschlossen, so haftet er dem Vertragspartner nach dessen Wahl auf Erfüllung oder Schadensersatz.

Wie oben festgestellt, hat bei den Verwaltungsakten, die ohne Mitwirkung eines Privaten ergehen können, die Vertretung ohne Vertretungsmacht keine rechtliche Bedeutung. Der auf das Handeln des Vertreters ergehende Verwaltungsakt ist nicht aus dem Grunde anfechtbar, daß ein Vertreter ohne Vertretungsmacht aufgetreten ist. Erfüllt die Erklärung der Behörde die sonstigen

(1) Vergl. Forsthoff, a.a.O., S. 202 ff; Wolff, a.a.O., S. 257 ff.

(2) Vergl. Forsthoff, a.a.O., S. 238 ff; Jellinek, a.a.O., S. 279 ff; Wolff, a.a.O., S. 274 ff.

Voraussetzungen eines Verwaltungsakts, ist sie als solcher voll wirksam. Dann entfällt eine Haftung des Vertreters auf Erfüllung oder Schadensersatz.

Ist der Verwaltungsakt anfechtbar, dann liegt seine Anfechtbarkeit nicht im Auftreten des Vertreters ohne Vertretungsmacht, da dessen Handlung ohnehin bedeutungslos ist. Der Vertreter braucht nicht für sein Verhalten einzustehen, da der Grund der Anfechtbarkeit nicht auf dem Verhalten des Vertreters beruht; damit scheidet seine Haftung aus. Wenn der Verwaltungsakt durch einen Vertreter ohne Vertretungsmacht veranlaßt worden ist und der Verwaltungsakt einen wirksamen Antrag zur Voraussetzung hat, kann der Betroffene ihn durch seine Genehmigung wirksam werden lassen oder nach allgemeinen Regeln anfechten. Wird der Verwaltungsakt im Verwaltungsrechtswege aufgehoben, stellt sich die Frage, ob sich die Behörde an den Vertreter halten kann, wie sie sich bei Gültigkeit des Verwaltungsakts an den Vertretenen hätte halten können. Ein Erfüllungsverlangen scheitert daran, daß nach Aufhebung kein Verwaltungsakt mehr vorhanden ist, aus dem die Behörde gegen den Vertreter vorgehen könnte.

Der Schadensersatzanspruch des § 179 BGB geht in Verbindung mit § 249 BGB auf Herstellung des Zustandes, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre, und zwar auf Entschädigung in Geld (1).

Im Verwaltungsrecht kann die Frage des Schadensersatzes nur dann eintreten, wenn der Verwaltungsakt aufgehoben worden ist.

Der in § 179 BGB zum Ausdruck kommende Rechtsgedanke wird als allgemeiner Rechtsgedanke auch im Verwaltungsrecht angewendet werden können. Wer die Verwaltung zum Handeln veranlaßt und dabei vorgibt, sie für einen Dritten in Anspruch zu nehmen, muß dafür einstehen, daß die Verwaltung auf seine Vertretungsmacht vertraut hat. Entspricht die Tätigkeit der Verwaltung nicht der wirklichen Rechtslage, muß der Vertreter die Aufwendungen ersetzen, die die Verwaltung im Hinblick auf die beabsichtigte Handlung erbracht hat.

Diesem Grundsatz wird regelmäßig der in § 179 Abs.3 BGB ausgedrückte Rechtsgedanke entgegenstehen, daß die Haftung des Vertreters ohne Vertretungsmacht dann ausgeschlossen ist, wenn die Behörde den Mangel der Vollmacht kannte oder kennen mußte. Beruht der Erlaß des Verwaltungsakts dar-

(1) Vergl. Staudinger-Coing, a.a.O., Anm.15 zu § 179 BGB.

auf, daß die Behörde unterlassen hat, die Vollmacht nachzuprüfen, scheidet eine Haftung des Vertreters auf Schadensersatz aus. Die Verwaltung muß sich bei Zweifeln die Vollmacht des Vertreters nachweisen lassen, andernfalls sie die von ihr geforderte Sorgfalt außer acht läßt.

Bei den öffentlich-rechtlichen Verträgen kann mit der Anwendbarkeit des Rechtsgedankens des § 177 BGB auch der Rechtsgedanke § 179 BGB für anwendbar erklärt werden. Es entspricht der Gleichstellung der am Vertrag beteiligten Partner, daß der Vertreter an seiner Erklärung festgehalten wird. Es entspricht der Billigkeit, wenn der Gegner für seine Erklärung einstehen muß, da die Behörde ihre Willenserklärung im Vertrauen auf die vertragliche Bindung des Gegners abgegeben hat. Wäre der Vertreter bevollmächtigt, würde der Vertretene auf Erfüllung des Vertrages haften, während der vollmachtslose Vertreter bei Versagung der Genehmigung durch den angeblichen Geschäftsherrn selbst für seine Erklärungen einstehen muß. Dabei kann sich aus dem Sinn des Vertrages eine Haftung des Vertreters auf Erfüllung wie u. U. auf Schadensersatz ergeben.

13. Kapitel: Selbstkontrahieren des Vertreters, - bei Verwaltungsakten, - bei öffentlich-rechtlichen Verträgen

Im Zivilrecht wird von Selbstkontrahieren gesprochen, wenn jemand als Vertreter eines anderen mit sich selbst oder mit sich als Vertreter eines Dritten Geschäfte abschließt. In § 181 BGB wird das Selbstkontrahieren verboten, weil bei den dort vorzunehmenden Rechtsgeschäften die beiderseitigen Interessen der Beteiligten in Widerspruch treten können und der Vertreter, der für beide Seiten gleichzeitig handelt, nicht ohne weiteres die verschiedenen Interessen berücksichtigen kann. Deswegen wird die Berechtigung zum Selbstkontrahieren in der Regel nicht als gegeben angesehen, sondern muß dem Vertreter besonders erteilt werden. Schließt er ohne besondere Genehmigung durch "In-sich-Geschäft" einen Vertrag, so sind darauf die Vorschriften der §§ 177 ff BGB anzuwenden (1).

Im Verwaltungsrecht stellt sich die Frage folgendermaßen: Kann ein Beamter als Vertreter bzw. Organ einer Behörde einen Verwaltungsakt erlassen in einer Angelegenheit, in der er selbst der Betroffene oder der Vertreter des Betroffenen ist?

(1) Vergl. Staudinger-Coing, a.a.O., Anm.3 d zu § 181 BGB.

Ein Beamter hat sich der Amtshandlungen zu enthalten, bei denen er kraft Gesetzes ausgeschlossen ist (1). Im Beamtenrecht gilt der Grundsatz, daß sich ein Beamter der Amtshandlungen zu enthalten hat, die sich gegen ihn selbst oder einen Angehörigen richten oder ihn wegen persönlicher Beteiligung treffen würden (2).

Für das Vorhandensein einer persönlichen Beteiligung eines Beamten, die ihn an der Wahrnehmung der ihm zustehenden Befugnis hindert, wird es in den angeführten Entscheidungen als genügend angesehen, wenn rein objektive Umstände vorliegen, die ihn ausschließen, ohne daß es auf die tatsächliche innere Einstellung ankäme. Seine persönliche Beteiligung kann bejaht werden, ohne daß seine Unparteilichkeit oder ein Mißbrauch der Amtsgewalt durch ihn in Frage gestellt zu sein braucht. Ein Beamter ist dann schon persönlich beteiligt, wenn durch das von ihm zu erledigende Amtsgeschäft objektiv ein besonderes, von ihm wahrzunehmendes Interesse berührt wird, welches neben dem allgemeinen amtlichen besteht (3). Dies kann auf wirtschaftlichem Gebiet liegen, kann seinen Ursprung aber auch in Beziehungen des Beamten zu anderen natürlichen oder juristischen Personen haben, deren Interesse er nach Gesetz oder Vertrag wahrzunehmen hat (4). In diesem Sinn ist ein Beamter persönlich an einer Sache interessiert, wenn hierbei die Interessen der Personen betroffen werden, deren gesetzlicher oder gewillkürter Vertreter er ist. Das der Vollmacht zugrunde liegende Rechtsgeschäft oder die Stellung als gesetzlicher Vertreter bindet den Vertreter so stark an den Vertretenen, daß der Beamte dessen Interessen zu fördern suchen wird. Der Vertreter steht aufgrund dieser Bindung dem Vertretenen ebenso nahe wie seinen Verwandten oder nahen Angehörigen.

Entscheidend ist im Verwaltungsrecht die objektiv feststellbare Kollision der Interessen des Amtes, das der Beamte zu versehen hat, mit Interessen, die im privaten Bereich von demselben Beamten gewahrt werden müssen.

Das Steuerrecht entscheidet die Frage des Beteiligtseins eines Beamten da-

- (1) Vergl. § 59 BBG; § 5 LBG Rh-Pf; § 22 f StPO; § 41 ff ZPO; §§ 6, 7 FGG; § 155 GVG; § 67 RAbgO; § 122 RHO; § 25 DGO; § 38 DGO.
- (2) Vergl. Forsthoff, a. a. O., S. 215; Jellinek, a. a. O., S. 273; PrOVG Bd. 4, S. 328; Bd. 16, S. 357; Bd. 23, S. 212; Bd. 84, S. 308; Guillaume in PrVBl. Bd. 48, S. 181 ff; Fischbach, Bundesbeamtengesetz Anm. 1 zu § 59 BBG.
- (3) Vergl. PrOVG Bd. 84, S. 309.
- (4) Vergl. Guillaume, a. a. O., S. 182; Forsthoff, a. a. O., S. 215.

hin, ob seine materiellen oder ideellen Belange unmittelbar oder auch nur mittelbar durch die von ihm zu treffende Entscheidung berührt werden (1).

Die einzelnen verfahrensrechtlichen Gesetze haben für Richter und Urkundspersonen Regelungen getroffen, nach denen sich diese Personen einer Amtshandlung zu enthalten haben, wenn sie in einer persönlichen Bindung zu dem vom Verfahren Betroffenen stehen (2).

Diese gesetzlichen Vorschriften schließen die Tätigkeit des Richters aus, wenn von der Entscheidung Personen betroffen werden, mit denen er in verwandtschaftlichen Beziehungen steht. In einigen Fällen ist auch ausdrücklich die Tätigkeit als gesetzlicher Vertreter des Betroffenen als Ausschließungsgrund aufgeführt (3).

Auch die Verwaltungsgerichtsordnung hat entsprechende Vorschriften über den Ausschluß von Gerichtspersonen geschaffen (4). Die Fragestellung des Verwaltungsrechts, ob ein Beamter in einer Sache einen Verwaltungsakt erlassen darf, wenn er daran als Vertreter beteiligt ist, trägt einige Züge der Problematik des § 181 BGB, gleicht andererseits der Ausschließung einer Gerichtsperson, wie es in den verschiedenen Prozeßordnungen festgelegt ist. Große Ähnlichkeit weist das Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit auf, der es in weitem Maß um verwaltende und ordnende Tätigkeit der Staatsorgane geht. Die Ausschließung eines beteiligten Richters soll garantieren, daß ein wirklich Unparteiischer über die Streitigkeit urteilt und die Entscheidung fällt.

Die Reichsabgabenordnung regelt die Frage ausdrücklich in § 67 Abs.1 Ziff.2: Wer als Bevollmächtigter oder gesetzlicher Vertreter eines anderen aufzutreten berechtigt ist, soll sich einer Amtshandlung dieser Person gegenüber oder in einer Sache, an der die von ihm vertretene Person beteiligt ist, enthalten.

Aus diesen Erwägungen der Gesetze läßt sich entnehmen, daß im Rahmen des gesamten Verwaltungsrechts garantiert sein soll, daß durch die Staatsorgane nicht besondere private Interessen einzelner Bürger gefördert werden. Vielmehr soll eine Gleichbehandlung aller am Verwaltungsrecht beteiligter Privatpersonen erreicht werden. Wenn ein Beamter entgegen diesen Grundsätzen

(1) Vergl. Kühn, Kommentar zur Abgabenordnung, Anm.2 zu § 67 RAbgO.

(2) Vergl. §§ 22 StPO; 412 ZPO; 6 FGG.

(3) Vergl. § 41 Abs.4 ZPO; § 6 Abs.4 FGG.

(4) Vergl. § 54 Abs.1 VerwGO, der auf die Vorschriften der ZPO über die Ausschließung von Gerichtspersonen (§§ 41-49 ZPO) verweist.

einen Verwaltungsakt erläßt, dessen Inhalt ihn oder eine von ihm vertretene Person betrifft, ist der Akt fehlerhaft (1) und kann nicht vom Betroffenen genehmigt werden.

Die Wirksamkeit öffentlich-rechtlicher Verträge wird durch das Auftreten desselben Vertreters auf der Seite des Bürgers und zugleich auf der Seite der Verwaltung berührt. Nach beamtenrechtlichen Grundsätzen muß er sich beim Abschluß eines solchen Vertrages als ausführendes Organ der Verwaltung ablehnen (2). Handelt er dennoch, so ist dieser Vertrag schwebend unwirksam, weil er ohne entsprechende Vertretungsmacht gehandelt hat (3).

Die Behörde, für die der Vertreter aufgetreten ist, kann entsprechend dem Rechtsgedanken des § 177 BGB das Rechtsgeschäft des Vertreters, das wegen dessen enger Beteiligung anfechtbar ist, durch Genehmigung wirksam werden lassen oder auch nach dem Rechtsgedanken des § 178 BGB den Vertrag widerrufen.

Da der öffentlich-rechtliche Vertrag in seiner Struktur und äußeren Erscheinungsform dem zivilrechtlichen Vertrag gleicht, können auch die Rechtsgedanken des Zivilrechts über Verträge und damit die Rechtsgedanken des § 181 BGB mit den Folgen, die in §§ 177, 178, 179 BGB ausgedrückt sind, auf öffentlich-rechtliche Verträge angewendet werden.

14. Kapitel: Mittelbare Stellvertretung

Im Verwaltungsrecht lassen sich Fälle der mittelbaren Stellvertretung denken, wenn ein Vertreter eines anderen im eigenen Namen auftritt.

Beispiel: Dem Gastwirt A., der Inhaber einer Schankerlaubnis ist, wird wegen persönlicher Unzuverlässigkeit die Schankerlaubnis entzogen, weil er wiederholt gegen die Vorschriften über die Polizeistunde oder die Anmeldung von Bediensteten verstoßen hat. Daraufhin beantragt er bei der Ortspolizeibehörde eine Stellvertretererlaubnis für seinen Oberkellner B., der von der Behörde als zuverlässig angesehen wird. Die Erlaubnis wird erteilt. Im Innenverhältnis ist B. aber nicht selbständiger Inhaber der Gastwirtschaft, sondern bleibt Angestellter des A. mit festem Gehalt.

(1) Vergl. Forsthoff, a. a. O., S. 215; BGH in VerwRspr Bd. 6, S. 650.

(2) Vergl. § 59 BBG; § 9 LBG Rh.-Pf.

(3) Vergl. Fischbach, a. a. O., Anm. 2 zu § 59 BBG.

Nach außen hin gilt B als selbständiger Gewerbetreibender. Er ist für die Verwaltung der verantwortliche Inhaber der Gastwirtschaft, an den sie sich mit ihren Maßnahmen, Auflagen, Strafen usw. halten kann.

Die mittelbare Stellvertretung des B wirkt sich lediglich im Innenverhältnis aus (1). Er ist verpflichtet, mit dem mittelbar vertretenen A. abzurechnen und ihm gegenüber das zugrunde liegende bürgerlich-rechtliche Vertragsverhältnis zu erfüllen.

Die Probleme der mittelbaren Stellvertretung treten in den Fällen, in denen der Stellvertreter als selbständig Haftender erscheint, nicht auf, weil sich die Stellvertretung dort nur im Innenverhältnis bemerkbar macht.

Abgesehen von den Fällen der Stellvertretung, die oben unter Gruppe A angeführt werden, kann die mittelbare Stellvertretung aber auch bei einzelnen Verwaltungsrechtsverhältnissen vorkommen, ohne daß der Stellvertreter für einen bestimmten Wirkungskreis bestellt zu sein braucht.

Es soll untersucht werden, ob die mittelbare Stellvertretung Privater bei der Erwirkung von Verwaltungsakten und bei öffentlich-rechtlichen Verträgen zulässig ist.

Die Schwierigkeiten der Zulässigkeit der mittelbaren Stellvertretung im Verwaltungsrecht bestehen darin, daß der Stellvertreter das durch die Stellvertretung erworbene Recht oder die Verpflichtung durch ein neues Rechtsgeschäft auf den eigentlich Vertretenen übertragen muß.

Im Zivilrecht nimmt der Vertreter mit der Weiterübertragung des Rechts ein Rechtsgeschäft vor (2), das wirksam ist, wenn er geschäftsfähig ist und die allgemeinen bei der Übertragung von Rechten geltenden Vorschriften beachtet.

Bei der Übertragung dieser Grundsätze in das Verwaltungsrecht stößt man auf folgende Schwierigkeiten: Der Vertreter wird, wenn er mittelbar für einen anderen handelt, zunächst selbst Partner des Verwaltungsrechtsverhältnisses. In diesem Rahmen gibt er Erklärungen ab, die verwaltungsrechtliche Folgen auslösen. Die Behörde wird tätig, indem sie durch eine Willenserklärung im konkreten Fall eine Entscheidung trifft, die, wenn sie nach außen hin Folgen zeitigt, Verwaltungsakt genannt wird. Der Verwaltungsakt ist die spezifische

(1) Vergl. Landmann-Rohmer, Kommentar zur GewO, Anm. 2 zu § 45 GewO.

(2) Vorausabtretung, Zession usw.; vergl. Staudinger-Coing, a. a. O., Anm. 40 vor § 164 BGB.

Willensäußerung einer hoheitlich tätigen Behörde. Ein Bürger kann einen Verwaltungsakt nur setzen, wenn ihm dazu die Befugnis durch Beleihung gegeben ist (1).

Wenn durch einen Verwaltungsakt einer Person ein Recht übertragen wird, das dem öffentlichen Rechtsbereich angehört, kann dieses Recht nur in den Formen übertragen werden, die das öffentliche Recht dafür geschaffen hat. Wenn man eine mittelbare Stellvertretung annehmen will, muß der Stellvertreter also in der Lage sein, die in seiner Person begründeten Rechte oder Verpflichtungen auf den Geschäftsherrn zu übertragen. Das kann nur in der Form geschehen, in der das Recht bei ihm begründet wurde, nämlich durch Verwaltungsakt. Eine solche öffentlich-rechtliche Willenserklärung kann der mittelbare Vertreter als Privatperson aber nicht abgeben, da ihm die wesentlichen Voraussetzungen für den Erlaß eines Verwaltungsakts, behördliche oder obrigkeitliche Eigenschaften, dazu fehlen.

Der mittelbare Stellvertreter kann mit seinem Geschäftsherrn nur in den Rechtsformen des Zivilrechts verkehren. Die mittelbare Stellvertretung ist im Verwaltungsrecht deswegen ausgeschlossen, weil eine Person, die nicht in der Lage ist, einen Verwaltungsakt zu setzen, die in ihrem Namen durch den Verwaltungsakt erworbenen Rechte oder Pflichten auf einen anderen zu übertragen. Eine privatrechtliche, vertragliche Änderung und Übertragung der durch einen Verwaltungsakt geschaffenen Rechte oder Pflichten auf den Geschäftsherrn mit Wirkung der Außenwelt oder der Behörde gegenüber ist nicht möglich (2).

Da die Willenserklärung des Privaten beim öffentlich-rechtlichen Vertrag der Willenserklärung der Behörde gleichgestellt ist, könnte man die Zulässigkeit der mittelbaren Stellvertretung annehmen. Die vertragliche Gestaltung einer dem öffentlichen Recht unterliegenden Materie deutet darauf hin, daß es dem Stellvertreter möglich ist, die Rechtsstellung, die er aufgrund des Vertrages in seiner Person erlangt hat, im Wege der Abtretung auf den wirklich Interessierten zu übertragen. Wenn ein solcher Fall im Verwaltungsrecht einmal vorkommen sollte, daß ein Privatmann jemand anderes dazu bestimmt, im eigenen Namen einen öffentlich-rechtlichen Vertrag abzuschließen und die später daraus entstehenden Rechtsfolgen auf ihn zu über-

(1) Vergl. Jellinek, a.a.O., S.242; Wolff, a.a.O., S.231, 233.

(2) Vergl. Schultzenstein, Polizeiwidriges Handeln, in: VerwArch Bd.14, S.30.

tragen, scheitert diese Übertragung nicht an der Art des Zustandekommens des Rechts oder der Verpflichtung, sondern am Wesen des öffentlich-rechtlichen Vertrages.

Abgesehen vom Grundsatz des persönlichen Charakters der öffentlich-rechtlichen Rechte und Pflichten (1) ist der öffentlich-rechtliche Vertrag eine Art des verwaltungsrechtlichen Rechtsgeschäftes, das die Regelung ganz bestimmter Beziehungen zwischen Bürger und Behörde treffen soll. Der Staat tritt beim öffentlich-rechtlichen Vertrag aus seiner übergeordneten Hoheitsstellung heraus, um festumrissene Aufgaben und Berechtigungen im Verhältnis zu einem Bürger vertraglich zu gestalten (2). Wenn die Behörde von ihren befehlenden und einseitigen Willenserklärungen, den Verwaltungsakten, absieht, und dafür den Weg der Verhandlung und der vertraglichen Ausgestaltung eines Rechtsverhältnisses begeht, so ist die Person des Vertragsgegners in der Regel für die Behörde von solcher Bedeutung, daß dieser nicht ohne weiteres und ohne Kenntnis der Behörde aus dem Vertragsverhältnis ausscheiden kann. Die Person des Vertragsgegners und dessen persönliche Eigenschaften sind für den öffentlich-rechtlichen Vertrag erheblich, so daß er nicht durch Rechtsgeschäft mit seinem "Hintermann" diesen zum Vertragspartner oder zum Forderungsberechtigten machen kann. Will jemand mit einer Behörde Abmachungen im Wege des öffentlich-rechtlichen Vertrages treffen, muß er sich entweder selbst bemühen oder sich eines direkten Stellvertreters bedienen. Da die Behörde auf die Persönlichkeit des Vertragsgegners Wert legen muß, kann dieser nicht durch Abtretung der Rechte aus dem Vertrag einen anderen, der nicht selbst am Vertragsschluß beteiligt war, zum faktischen Vertragspartner machen. Dazu bedürfte es einer Mitwirkung der Behörde und einer entsprechenden Neugestaltung des Vertrages.

Die Möglichkeit des öffentlich-rechtlichen Vertrages zugunsten Dritter wird dadurch nicht berührt.

Als Ergebnis ist festzuhalten, daß bei den Fällen der Stellvertretung im Gewerbe eine mittelbare Stellvertretung insoweit möglich ist, als im Innenverhältnis der Mittler seinem Geschäftsherrn zur Erfüllung des schuldrechtlichen

- (1) Vergl. Forsthoff, a.a.O., S.177; OVG Hamburg, DVBl.1957, S.548 am Beispiel einer Gewerbeerlaubnis.
- (2) Neuerdings ist aber auch die Zulässigkeit eines sog. subordinationsrechtlichen Vertrages im Verwaltungsrecht bejaht worden. Vergl. OVG Münster, DÖV 1960, S.798.

Vertrages verpflichtet ist. Gegenüber der Verwaltung ist der Stellvertreter selbständig berechtigt und verpflichtet.

Bei Verwaltungsakten ist eine mittelbare Stellvertretung nicht möglich, da der Mittler nicht in der Lage ist, die aus dem hoheitlichen Rechtsgeschäft der Verwaltung entstandenen Rechte und Pflichten auf den Geschäftsherrn weiter zu übertragen.

Auch bei öffentlich-rechtlichen Verträgen ist eine mittelbare Stellvertretung nicht zulässig, da der Vertrag so eng an die beteiligten Personen gebunden ist, daß ein Wechsel der Vertragspartner dem Sinn und Zweck des Vertrages zuwiderlaufen würde.

15. Kapitel: Handeln für den, den es angeht

Für die Frage, inwieweit auch im Verwaltungsrecht ein Handeln für den, den es angeht, anzuerkennen ist, erscheint zunächst eine Untersuchung von Bedeutung, ob es auch hier Fälle gibt, bei denen "es sich nicht lohnt, Erklärungen darüber abzugeben, ob der Handelnde für sich oder jemand anderen auftreten und für wen er auftreten will" (1).

Für die Rechtsgeschäfte, die im Zivilrecht eine Vertretung in Form des Geschäfts, wen es angeht, zulassen, ist wesentlich, daß es sich dabei nicht um komplizierte Rechtsvorgänge handelt, sondern daß sie als alltägliche Geschäfte vorkommen und es dabei nicht einer besonderen Kenntlichmachung der Vertretungsmacht bedarf. Das sind insbesondere die Bargeschäfte des Alltags, die durch die dazu befugten Haus- und Geschäftsangestellten für deren Dienstherrn vorgenommen werden. Bei diesen Geschäften kommt es nicht darauf an, welche Person Vertragsgegner werden soll. Man begnügt sich mit der Tatsache, daß der Vertrag auf beiden Seiten sofort erfüllt wird und läßt bewußt die Person des einen Vertragsbeteiligten gleichgültig sein. Maßgebend für die Vertretungswirkung ist der Wille des Vertreters, Rechtsfolgen für einen anderen herbeizuführen.

Für das Verwaltungsrecht ist entscheidende Bedeutung auf die Formulierung zu legen, daß es sich bei dem Verwaltungsakt um die Willenserklärung einer

(1) Vergl. Staudinger-Coing, a.a.O., Anm.44 vor § 164 BGB.

Behörde und die Regelung eines konkreten Einzelfalles handelt (1). Die Entscheidung der Behörde muß in einem bestimmten konkreten Einzelfall von unmittelbarer Bedeutung sein (2). Diese Voraussetzung für eine behördliche Willenserklärung fehlt, wenn die Äußerung nicht gegenüber einer bestimmten Person getroffen ist, sondern es der Behörde unwichtig ist, wer wirklich vom Verwaltungsakt betroffen ist. Ohne diese Bestimmtheit der Person fehlt der behördlichen Willenserklärung die bindende Kraft des Verwaltungsakts (3).

Das Geschäft für den, den es angeht, läßt seiner ganzen Anlage nach bewußt die Person offen, um die es sich auf der anderen Seite handelt. Der Verwaltungsakt betont die Bestimmtheit der Person. Abgesehen von der Unmöglichkeit, den Verwaltungsakt strukturmäßig mit den Rechtsgeschäften des Zivilrechts zu vergleichen, würde die Zulassung des Geschäfts für den, den es angeht, im Verwaltungsrecht an dem Erfordernis der Bestimmtheit des Verwaltungsakts scheitern.

Der öffentlich-rechtliche Vertrag soll die Regelung bestimmter Rechte und Pflichten für bestimmte Personen oder Personenkreise treffen. Dazu ist es von erheblicher Bedeutung, daß die Personen, deren Rechte und Pflichten vertraglich gestaltet werden sollen, persönlich bekannt sind.

Die öffentlich-rechtlichen Verträge sind in keiner Weise mit den sogenannten Handgeschäften des täglichen Lebens zu vergleichen. Bei diesen folgt dem Vertragsabschluß die sofortige Erfüllung. Die Vertragsbindung der öffentlich-rechtlichen Verträge dauert jedoch über den Zeitpunkt des Vertragschlusses hinaus an. Meist werden damit lang andauernde Rechtsverhältnisse begründet und gestaltet.

Der öffentlich-rechtliche Vertrag unterscheidet sich so wesentlich von den Geschäften des täglichen Lebens des Zivilrechts, daß eine Anwendung der Rechtsgrundsätze des Geschäfts für den, den es angeht, ausgeschlossen ist.

(1) Vergl. § 25 MRVO Nr.165; OVG Hamburg, DVBl.1956, S.471.

(2) Vergl. BVerwGE Bd.1, S.260.

(3) Vergl. Jellinek, a. a. O., S.246.

16. Kapitel: Rechtspolitische Probleme der Stellvertretung im Verwaltungsrecht

Der Wunsch und die Frage nach der Notwendigkeit einer Kodifizierung des allgemeinen Teils des Verwaltungsrechts sind in neuester Zeit wieder Gegenstand verschiedener Beratungen gewesen (1). Zur Begründung der Kodifikationspläne werden u. a. folgende Argumente angeführt (2): Die tägliche Verwaltungsarbeit solle vereinfacht und damit die Verwaltung entlastet werden; die Gesetzgebung solle in ihren Einzelgesetzen entlastet werden, weil diese dann darauf verzichten könnten, allgemeine Vorschriften zu bringen; die Verwaltungsgerichtsbarkeit solle entlastet werden, indem sie davon befreit wird, die Normen des allgemeinen Verwaltungsrechts zu erarbeiten. Dabei wurde darauf hingewiesen (3), daß unter dem Gesichtspunkt einer fehlenden allgemeinen Gesetzgebungskompetenz des Bundes (4), mit der Kodifizierung eines allgemeinen Verwaltungsrechts durch die bisher kompetenten Länder eine Rechtszersplitterung zu befürchten sei. Auch wird bezweifelt (5), ob durch die Kodifikation eines Allgemeinen Teils des Verwaltungsrechts eine Vereinfachung der Verwaltung zu erreichen sei.

Die Frage nach der Notwendigkeit der Kodifizierung der Stellvertretung im Verwaltungsrecht kann nur im Zusammenhang mit der Problematik einer gesetzlichen Regelung des Allgemeinen Teils des Verwaltungsrechts gesehen werden. Die Stellvertretung gehört, wie es auch im BGB zum Ausdruck gekommen ist, zu den allgemeinen Lehren.

Es ist hier nicht aufgegeben, über die Frage des Werts einer Kodifizierung des Allgemeinen Teils des Verwaltungsrechts etwas auszusagen. Wenn es aber dazu kommen sollte, scheint es unumgänglich, im Rahmen des Allgemeinen Teils auch die Fragen der Stellvertretung gesetzlich zu normieren.

Die Stellvertretungslehre des Zivilrechts war maßgebend für die Entwicklung eines Systems der Stellvertretung im Verwaltungsrecht. Solange die Verwaltung auch auf anderen Gebieten sich mit einem ungeschriebenen allgemeinen

(1) Vergl. Verhandlungen des 43. dt. Juristentages in München 1960.

(2) Vergl. Werner, Kodifikation des allgemeinen Verwaltungsrechts? in: Verhandlungen des 43. dt. Juristentages 1960.

(3) Vergl. Spanner, Verhandl. d. dt. Jt., a. a. O., S. 23 und 49.

(4) Vergl. Spanner, a. a. O., S. 48 Anm. 96.

(5) Vergl. Werner, a. a. O., S. 39.

Teil des Verwaltungsrechts begnügen muß, wird die Lösung der Stellvertretungsfrage unter Übernahme der Rechtsgedanken des Zivilrechts ohne gesetzliche Festlegung der Stellvertretung im Verwaltungsrecht möglich sein. Auch in anderen rechtlichen Fragen greift die Verwaltung auf Rechtsgedanken zurück, die ihren Ausgangspunkt in den gesetzlichen Regelungen des Zivilrechts haben. Die Übernahme allgemeiner Rechtsgedanken aus dem Zivilrecht verlangt, daß bei der Handhabung in der Praxis nicht einfach die bürgerlich-rechtlichen Lehren in das Verwaltungsrecht übertragen werden. Es muß vielmehr darauf Wert gelegt werden, daß nur diejenigen Rechtsgedanken angewendet werden, die der Besonderheit des Verwaltungsrechts Rechnung tragen.

Nicht von jedem Organwalter kann erwartet werden und wird verlangt, daß er derart tiefgreifende Überlegungen anstellt, wenn im Einzelfall über Fragen der Zulässigkeit und des Umfangs der Stellvertretung zu entscheiden ist. Solange die Verwaltung sich nicht auf eine einheitlich geltende Ausgestaltung der Stellvertretung berufen kann, ist der Grundsatz der Gleichbehandlung und der Rechtmäßigkeit der Verwaltung nicht garantiert. Die Tatsache, daß verschiedene Organe infolge unterschiedlicher Fähigkeiten in verschiedenem Maße in der Lage sein könnten, aus dem Zivilrecht allgemeine Rechtsgedanken zu entwickeln, zeigt, daß eine einheitliche Festlegung anzustreben ist.

Damit würden dem einzelnen Organ schwierige rechtliche Erwägungen abgenommen, die darüber hinaus die Möglichkeit einer unrichtigen Entscheidung in sich bergen. Ebenso wenig ist die Schwierigkeit der Anwendung allgemeiner Rechtsgedanken dazu geeignet, den Bürger sich darüber klar werden zu lassen, wann er bei Behörden vertreten werden kann und welche Maßnahmen er dazu ergreifen muß. Ihm ist viel weniger als dem geschulten Personal der Verwaltung möglich, unter Berücksichtigung der angeführten Grundsätze zu kontrollieren, ob seine Entscheidung über die Bestellung eines Stellvertreters rechtmäßig ist, oder ob die Verwaltung sich mit ihren Entscheidungen im Recht befindet.

Mit der Kodifizierung der Stellvertretung im Rahmen eines Allgemeinen Teils des Verwaltungsrechts könnte also sowohl eine Verwaltungsvereinfachung herbeigeführt werden als auch eine Förderung der Rechtssicherheit und des Grundsatzes der Gleichbehandlung gleicher Fälle und der Rechtmäßigkeit der Verwaltung erreicht werden.

Die Möglichkeit einer Kodifizierung der Stellvertretung braucht nicht daran zu scheitern, daß dieses Institut im Verwaltungsrecht nicht auf eine ausgedehnte Entwicklung und Behandlung in Lehre und Rechtsprechung zurückgrei-

fen kann. Das Verwaltungsrecht kann sich auf die zur zivilrechtlichen Stellvertretung entwickelten Rechtsgrundsätze stützen. Bei einer Kodifikation müssen diejenigen Verschiedenheiten berücksichtigt werden, die sich aus der Eigenart des Verwaltungsrechts gegenüber dem Zivilrecht ergeben und die bei dem jetzigen Zustand ohne gesetzliche Festlegung der Stellvertretung ebenfalls beachtet werden.

Das Gebiet der Stellvertretung ist nicht mehr so jung und in Lehre und Rechtsprechung unbekannt, daß eine Kodifizierung im jetzigen Zeitpunkt ausgeschlossen wäre, um eine Entwicklung des Instituts durch Lehre und Rechtsprechung abzuwarten.

LEBENS LAUF

Ich wurde am 21.11.1933 in Mainz als ältester Sohn des Rechtsanwalts Wilhelm Westenberger und seiner Ehefrau Margarethe, geb. Jung, geboren.

Nach dem Besuch der Volksschule von Ostern 1940 bis Herbst 1945 war ich Schüler des humanistischen Gymnasiums in Mainz. Dort bestand ich am 3.3.1953 das Abitur.

Nach dem Studium der Rechtswissenschaft in Freiburg/Brsgr., Genf und Mainz legte ich am 17.11.1956 vor dem Justizprüfungsamt beim Ministerium der Justiz von Rheinland-Pfalz in Mainz die erste juristische Staatsprüfung ab. Nach Abschluß der Vorbereitungszeit bestand ich am 24.2.1961 die große juristische Staatsprüfung vor dem Justizprüfungsamt in Mainz.

Seit 3.4.1961 bin ich als Finanzassessor bei der Finanzverwaltung von Rheinland-Pfalz beschäftigt.

Am 25. Juli 1961 bestand ich die mündliche Doktorprüfung.

